

# **Mediationsklauseln in Verträgen zwischen Unternehmen**

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Universität zu Köln

vorgelegt von

Hannah Hoffmann

aus Köln

Referent: Prof. Dr. Martin Henssler

Korreferent: Prof. Dr. Matthias Kilian

Tag der mündlichen Prüfung: 26.6.2019

## Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Untersuchungsgegenstand .....	1
Präventive Streitbeilegungsklauseln zur Förderung alternativer Streitbeilegungsverfahren	3
Zurückhaltender Einsatz von Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen.....	4
Gang der Untersuchung.....	7
Teil 1: Durch Mediationsklauseln zur Mediation – Grundlagen, Inhalt und Einsatzmöglichkeiten.....	9
I. Kerninhalt von Mediationsklauseln .....	12
1. Vereinbarung zur Durchführung des Mediationsverfahrens.....	12
2. Abrede zur Klageerhebung .....	13
II. Weitere Regelungsinhalte, insbesondere der institutionellen Verfahrensordnungen....	17
1. Ergänzende Regelungen durch das Mediationsgesetz .....	18
2. (Rechtliche) Risiken und Vorteile bei der Verwendung von Verfahrensordnungen ....	20
3. Verweis auf die Verfahrensordnung in der Mediationsklausel .....	22
III. Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung von Unternehmen .....	23
1. Nutzen und Risiken präventiver Streitbeilegungsklauseln .....	23
2. Mediationsklauseln zwischen Unternehmen?.....	27
a) Besonderheiten des Mediationsverfahrens im Vergleich zu anderen alternativen Streitbeilegungsverfahren.....	28
1) Interessenorientierung des Mediationsverfahrens .....	28
2) Verfahrensstruktur und Gestaltungsspielräume der Parteien.....	31
3) Kosten des Mediationsverfahrens.....	32
b) Die Wahl des „richtigen“ Verfahrens: Konfliktbezogener und interessenorientierter Ansatz .....	34
c) Mediationsklauseln in B2B-Verträgen.....	38
1) Mögliche Einsatzfelder von Mediationsklauseln in der Vertragspraxis .....	39

2) Formen von Mediationsklauseln .....	41
3) Keine Mediationsklausel: Die Konfliktklärungsklausel .....	43
Teil 2: Rechtliche Grundfragen bei Mediationsklauseln .....	44
I. Der Streit um die Rechtsnatur von Mediationsvereinbarungen .....	44
1. Einheitslösung .....	46
a) Prozessrechtlicher Schwerpunkt .....	46
b) Materiellrechtlicher Schwerpunkt .....	47
2. Einzelregelungslösung .....	48
3. Konsequenzen für die rechtliche Beurteilung einzelner Regelungen .....	50
4. Vertragsrechtliche Qualifizierung von Mediationsvereinbarungen und Konsequenzen für das anzuwendende Recht .....	52
a) Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag? .....	53
b) Gesellschaft bürgerlichen Rechts? .....	53
c) Vertragstyp eigener Art .....	55
II. Vertragspflichten aus der Mediationsklausel .....	59
1. Rechtsverbindlichkeit von Mediationsklauseln – Verstoß gegen das Prinzip der Freiwilligkeit? .....	61
2. Konkretisierung der Vertragspflichten .....	65
a) Verpflichtung zur Lösungsfindung? .....	65
b) Mitwirkungs- und Teilnahmepflichten .....	66
c) Wahrheitspflicht .....	69
d) Zusammenfassung .....	70
Teil 3: Rechtswirkungen von Mediationsklauseln .....	70
I. Prozessuale Wirkungen von Mediationsklauseln .....	71
1. Auswirkungen auf laufende Gerichtsverfahren .....	71
2. Auswirkungen einer Mediationsklausel auf eine ohne Durchführung des Mediationsverfahrens erhobene Klage .....	72

a) Rechtsprechung zu Schlichtungsklauseln.....	73
b) Rechtsprechung zu Mediationsklauseln .....	78
c) Standpunkte des Schrifttums zum Klageverzicht durch Mediationsklauseln .....	82
1) Überwiegende Ansicht der Literatur: Abweisung der Klage als unzulässig .....	82
(a) Übertragbarkeit der BGH-Rechtsprechung zu Schieds- und Schlichtungsklauseln .....	83
(b) Zweck der Mediationsvereinbarung.....	85
2) Alternative Ansicht: Ruhen des Verfahrens, § 251 ZPO analog .....	86
d) Stellungnahme und Ergebnis .....	86
e) Anforderungen an die Einredeerhebung .....	90
f) Wegfall des Prozesshindernisses .....	91
g) Sonderfall: Wahrung von Ausschlussfristen.....	91
1) Klageerhebung zur Wahrung von Ausschlussfristen zulässig .....	93
2) Umgang mit Ausschlussfristen in Musterklauseln .....	95
3. Auswirkungen einer Mediationsklausel auf die Einleitung eines Schiedsgerichtsverfahrens .....	96
4. Auswirkungen einer Mediationsklausel auf sonstige Verfahren .....	98
II. Materielle Wirkungen von Mediationsklauseln .....	100
1. Vertragspflichten.....	100
2. Auswirkungen auf „mediationsbefangene“ Forderungen.....	100
a) Auswirkung von Mediationsklauseln auf die Verjährungshemmung .....	101
1) Gesetzliche Verjährungshemmung bei Mediationsklauseln .....	102
2) „Lösung“ der Mustermediationsklauseln.....	107
b) Aufrechnung mit und gegen mediationsbefangenen Forderungen .....	110
1) Ausdrückliches Aufrechnungsverbot als Aufrechnungshindernis.....	110
2) Die Mediationsklausel als konkludentes Aufrechnungsverbot? .....	112
3) Aufrechnungsverbot nach § 390 BGB?.....	114

Teil 4: Rechtliche Rahmenbedingungen für Mediationsklauseln .....	116
I. Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen für Mediationsklauseln .....	117
1. Entstehung durch Vertragsschluss.....	118
2. Wirksamkeit des vorübergehenden Klageverzichts.....	121
a) Grundsatz: Zulässigkeit des Klageverzichts.....	122
b) Ausnahme: Unzulässigkeit des Klageverzichts.....	123
c) Disponibilität des Streitgegenstands und Mediationsfähigkeit des Konflikts.....	126
3. Bestimmtheitserfordernis und essentialia negotii .....	130
4. Wirksamkeit des Hauptvertrags erforderlich?.....	133
a) Parteiwille maßgeblich .....	133
b) Anwendbarkeit von § 139 BGB? .....	134
1) Keine Anwendung von § 139 BGB bei Schieds- und Schlichtungsklauseln .....	135
2) Keine Anwendung von § 139 BGB bei Mediationsklauseln .....	136
5. Formelle Anforderungen an Mediationsklauseln .....	139
a) Schriftformerfordernis § 1031 ZPO analog? .....	139
b) Abgeleiteter Formzwang? .....	141
6. Allgemeine Schranken der Privatautonomie: §§ 134, 138, 242 BGB .....	143
II. Anwendbarkeit und Anforderungen des AGB-Rechts.....	145
1. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 305 Abs. 1 BGB .....	146
a) Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen.....	147
b) Vielzahl von Verträgen .....	149
c) Keine Individualvereinbarung, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB .....	151
2. Einbeziehung von Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen in den Vertrag ...	154
a) Vereinfachte Form der Inbezugnahme: Konsensprinzip.....	154
b) Anwendbarkeit des § 305c Abs. 1 BGB .....	156
c) Mediationsklauseln überraschend gemäß § 305c Abs. 1 BGB? .....	157

1) Mediationsklauseln objektiv ungewöhnlich? .....	157
2) Subjektiver Überraschungseffekt .....	159
3) Ergebnis und Hinweise zu Gestaltungsmöglichkeiten.....	160
3. Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.....	161
a) Prüfungsmaßstab bei Unternehmensverträgen .....	163
b) Anforderungen des Transparenzgebots, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB .....	164
c) Formularmäßiger Klageverzicht in Unternehmensverträgen? .....	167
III. Inhaltliche Schranken des Mediationsgesetzes.....	173
IV. Rechtliche Grenzen einzelner Regelungsgegenstände .....	176
1. Absprachen zur Vertraulichkeit .....	177
a) Gesetzlicher Vertraulichkeitsschutz .....	180
b) „Lücken“ des gesetzlichen Vertraulichkeitsschutzes .....	183
c) „Lösung“ der Verfahrensordnungen .....	185
d) Unzulänglichkeit vertraglicher Vertraulichkeitsregelungen .....	187
2. Regelungen zur Auswahl des Mediators.....	191
a) Zulässigkeit in Individualvereinbarungen.....	194
b) Zulässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	196
3. Ermächtigung zu Lösungsvorschlägen .....	201
4. Kostenregelungen .....	202
Teil 5: Durchsetzung der Mediationsklausel .....	206
I. Klagbarkeitsausschluss als indirekter Durchsetzungsmechanismus .....	207
II. Leistungsklage auf Erfüllung der Pflichten aus der Mediationsvereinbarung.....	208
III. Vertragsstrafen und pauschalierter Schadensersatz.....	213
IV. Leistungsklage zur Durchsetzung von gesetzlichen Schadensersatzansprüchen .....	216
1. Schadensersatzanspruch nach §§ 280 ff. BGB.....	217
2. Schadensersatzanspruch analog § 628 Abs. 2 BGB .....	220

V. Kostenübernahme durch Rechtsschutzversicherungen? .....	221
Teil 6: Beendigung der Mediationsklausel .....	224
I. Erlöschen der Mediationsklausel durch Erfüllung? .....	225
II. Einvernehmliche Aufhebung der Mediationsklausel .....	226
III. Kündigung der Mediationsklausel .....	227
1. Kündigung aus wichtigem Grund, § 314 BGB .....	228
2. Immanentes Kündigungsrecht? .....	231
3. Kündigungsrecht aus § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG? .....	232
Teil 7: Zusammenfassung und Fazit .....	235
Literaturverzeichnis.....	243



## Einleitung und Untersuchungsgegenstand

Die Mediation hat in Wirtschaftskonflikten insbesondere in den letzten zehn Jahren in Deutschland<sup>1</sup> immer mehr an Bedeutung gewonnen.<sup>2</sup> Die Einsatzbereiche sind breit gefächert: Das Verfahren wird bei Konflikten innerhalb von Unternehmen oder Unternehmensteilen<sup>3</sup>, Konflikten zwischen Unternehmern und Verbrauchern<sup>4</sup> und zunehmend auch bei Konflikten zwischen Unternehmen eingesetzt, so genannte B2B-Konflikte<sup>5</sup>. Verschiedene Studien von PricewaterhouseCoopers in Kooperation mit der Europauniversität Viadrina Frankfurt (Oder) zum Einsatz von alternativen Konfliktlösungsverfahren durch Unternehmen weist einen merklichen Zuwachs der Mediationen zwischen 2005 und 2015 bei Konflikten zwischen Unternehmen nach.<sup>6</sup> Allerdings wird das Mediationsverfahren im Vergleich zur Verhandlung immer noch eher zurückhaltend eingesetzt – statt fast „nie“ im Jahr 2005 im Jahr 2015 immerhin „selten“. Nach wie vor scheint eine gewisse Scheu vor alternativen Konfliktlösungsverfahren zu bestehen.<sup>7</sup> Dieser seltene Einsatz überrascht, kann das Mediationsverfahren doch bei einer Vielzahl von Konflikten aus Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen und in unterschiedlichen Branchen erfolgreich eingesetzt werden. Die Bandbreite reicht von Konflikten aus gesellschafts- und handelsrechtlichen Verträgen über Liefer-, Kauf- oder Werkverträgen bis zu

---

<sup>1</sup> Erste Wirtschaftsmediationen in Deutschland wurden erst 1998 verzeichnet, Wirtschaftsmediation wird in USA seit etwa 1980, in England seit ca. 1990 praktiziert, vgl. Neuenhahn, NJW 2004, S. 663, 664; dazu auch Kraft, VersR 2000, S. 935.

<sup>2</sup> So die optimistische Einschätzung in der mediationsrechtlichen Literatur: Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., Rn. 1; Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 7; Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap.1, Rn. 81; „rosige Zukunft“ Kraft, VersR 2000, S. 935; „weitgehend etabliert“ Sessler, ZKM 2014, S. 161, 163; Skepsis gegenüber der „allseits anzutreffende(n) Mediationsfreude“ Risse/Bach, SchiedsVZ 2011, S. 14, 15.

<sup>3</sup> So genannte innerbusiness-Konflikte.

<sup>4</sup> Business to Consumer (B2C)-Konflikte, Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg, in: Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, S. 13, 17.

<sup>5</sup> Auch unter dem Begriff interbetriebliche oder inter business-Konflikte bekannt, siehe auch Kirchhoff, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 3, 1., Rn. 4. Nach einer engen Definition soll der Begriff der Wirtschaftsmediation nur B2B-Mediationen umfassen, Stubbe, ZKM 2003, S. 32ff.; nach einer sehr weiten Ansicht werden aber im Feld der Wirtschaftsmediation alle Mediationen und Konflikte verortet, über die ansonsten ein Zivilrichter entscheiden müsste, vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 1, Rn. 75.

<sup>6</sup> Studie aus den Jahren 2005, 2007, 2011 und 2013, 2016. Ergebnisse abrufbar unter: [www.ikm.europa.uni.de](http://www.ikm.europa.uni.de) [Stand Februar 2018]; PWC/EUV, Konfliktmanagement in der deutschen Wirtschaft, 2016, S. 37, 40; „Aufholbedarf“ konstatiert auch Pasetti, SchiedsVZ 2015, S. 134, Kirchhoff spricht vom „schlafenden Riesen“, ZKM 2007, S. 108; vom „Schattendasein“ sprechen Klowait/Hill, SchiedsVZ 2007, S. 83.

<sup>7</sup> Klowait/Hill, SchiedsVZ 2007, S. 83.

sonstigen Verträgen mit großer wirtschaftlicher Bedeutung oder langer Dauer.<sup>8</sup> Auch die möglichen Branchen sind breit gefächert und reichen von der Versicherungswirtschaft bis zu Bauprojekten.<sup>9</sup> Das Mediationsverfahren eignet sich darüber hinaus auch ohne konkreten Vertragsbezug für Unternehmen, die ihre (unter Umständen langjährige) Geschäftsbeziehung erhalten möchten.<sup>10</sup> Die in der Studie befragten Unternehmen werteten die Mediation nach der Verhandlung sogar als das vorteilhafteste Streitbeilegungsverfahren – am wenigsten vorteilhaft empfanden sie das Gerichtsverfahren.<sup>11</sup> Offenbar schaffen es die Unternehmen aber nicht, das Mediationsverfahren im Unternehmensverkehr zu etablieren. „Unternehmen tun nicht, was sie wollen, und wollen nicht, was sie tun“, bilanzieren die Verfasser der Studie.<sup>12</sup> Die auffällige Diskrepanz zwischen den zahlreichen Einsatzmöglichkeiten, dem durch Unternehmen anerkannten Nutzen der Mediation und der immer noch bestehenden Zurückhaltung vieler Unternehmen beim Einsatz des Mediationsverfahrens wirft die Frage auf, was Unternehmen tun können, um das Mediationsverfahren häufiger als bisher einzusetzen. Hier lieferte die Studie einige interessante Ansätze. Einen wesentlichen Beitrag zur Etablierung der Mediation im Unternehmensumfeld kann präventives Konfliktmanagement leisten. Neben selbstbindenden Verpflichtungen der Unternehmer zum Einsatz derartiger Verfahren<sup>13</sup> gehören dazu insbesondere präventive Streitbeilegungsklauseln in Verträgen.<sup>14</sup> Ein Ergebnis der Studie war, dass außergerichtliche Verfahren von Unternehmen häufiger gewählt werden, wenn die außergerichtliche Streitbeilegung durch eine präventive Streitbeilegungsklausel vertraglich vorgesehen ist.<sup>15</sup>

---

<sup>8</sup> Z.B. (gescheiterte) Unternehmenskäufe oder M&A-Transaktionen und -Fusionen, langfristige Bauprojekte oder andere Langzeitverträge, Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 301, 328.

<sup>9</sup> Ebenso kann das Mediationsverfahren bei Streitigkeiten in der Kreditfinanzierung, dem Insolvenzrecht und Sanierung, kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten oder im gewerblichen Rechtsschutz eingesetzt werden, siehe Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 1, Rn. 82 m.w.N.

<sup>10</sup> Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 1, Rn. 83; Sick, Betriebs-Berater Beilage 2003, S. 25.

<sup>11</sup> PWC/EUV, Konfliktmanagement in der deutschen Wirtschaft, 2016, S. 40.

<sup>12</sup> PWC/EUV, Konfliktmanagement, 2016, S. 23.

<sup>13</sup> Ein so genannter Corporate Pledge wurde erstmals in New York vom International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) in den 1980'er Jahren gegründet. Diesem „Corporate Polica Statement“ sind weltweit mittlerweile über 4000 Unternehmen beigetreten, vgl. [www.cpradr.org](http://www.cpradr.org); zur Bewertung eines Corporate Pledge durch Unternehmen unter PWC/EUV, Konfliktmanagement, 2016, S. 45 f.

<sup>14</sup> So die abschließende Einschätzung der Verfasser in: PWC/EUV, Konfliktmanagement, 2016, S. 79.

<sup>15</sup> PWC/EUV, Konfliktmanagement, 2016, S. 23.

## Präventive Streitbeilegungsklauseln zur Förderung alternativer Streitbeilegungsverfahren

Durch präventive Streitbeilegungsklauseln wird ein alternatives Streitverfahren für den Fall eines noch in der Zukunft liegenden Konflikts vereinbart. Wird in einem Vertrag vorsorglich die Durchführung eines Mediationsverfahrens vereinbart, spricht man von einer Mediationsklausel.<sup>16</sup> Mediationsklauseln sind nur eine Variante präventiver Vereinbarungen in Verträgen, die ein alternatives drittunterstütztes Verfahren zum staatlichen Gerichtsverfahren vorsehen und als alternative Konfliktlösungsklauseln (AKL-Klauseln<sup>17</sup>) oder – abgeleitet von „Alternativ Dispute Resolution“ – als ADR-Klauseln bezeichnet werden.<sup>18</sup> Gängige präventive Streitbeilegungsklauseln sind insbesondere Schieds-, Schiedsgutachtenklauseln oder Schlichtungsklauseln. Theoretisch kann aber für jedes existierende Streitbeilegungsverfahren eine entsprechende Klausel vereinbart werden. Neben Mediationsklauseln sind also auch Schlichtungs-, Schiedsgutachten- und Schiedsklauseln, Adjunktions- und Eskalationsklauseln, allgemeine Konfliktklärungsklauseln oder sonstige Mischformen denkbar.

Die vorsorgliche Klausel wird in der Regel in ein größeres Vertragswerk bei Vertragsschluss aufgenommen. Ein wesentlicher Vorteil solcher präventiven Vereinbarungen ist, dass sie die Einleitung und Durchführung des Verfahrens im Konfliktfall erheblich vereinfachen<sup>19</sup>, da im konstruktiven Klima des Vertragsschlusses die Parteien offener für konsensuale Lösungen sind, während nach Verhärtung der Fronten die Bereitschaft, sich auf ein alternatives Verfahren einzulassen, deutlich sinken kann.<sup>20</sup> Auch Widerstände Dritter können so unter Umständen reduziert werden. Es ist nicht ungewöhnlich, dass sich eine Partei im Konfliktfall nicht mehr auf ein konsensuales Verfahren einlassen will oder beide Parteien trotz grundsätzlicher

---

<sup>16</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 23; Koch, in: Henssler/Koch, Mediation, § 11, Rn. 14; nicht unter Mediationsklauseln fallen nach diesem Verständnis die häufig ebenfalls als „Mediationsklauseln“ betitelte Musterklausel des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV), die der GDV in seine Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB) 2009 erstmals aufgenommen hat und durch die das Mediationsverfahren in den Leistungskatalog der Rechtsschutzversicherungen aufgenommen wurde. Die Musterbedingungen des GDV sind abrufbar unter [www.gdv.de](http://www.gdv.de) [Stand Februar 2018], zu den Bedingungen Wendt, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, J., Rn. 12 ff.

<sup>17</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Einl. A., Rn. 1.

<sup>18</sup> So auch Hacke, ADR-Vertrag, S. 27, der dies als gemeinsamen Nenner der gängigsten Definitionsversuche (siehe dort Fn. 57) zusammengefasst hat; anders Stubbe, der unter dem Oberbegriff ADR alle Verfahren versteht, die geeignet sind, nach endgültiger gescheiterter Verhandlung ein Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren zu vermeiden, SchiedsVZ 2009, S. 321, 322.

<sup>19</sup> So schon für Mediationsklauseln im Jahr 2004 v.Hardenberg, RIW 2004, Beilage 1, S. 25.

<sup>20</sup> PWC/EUV, Konfliktmanagement, 2013, S. 23; Unberath, in: Greger/Unberath, MediationsG, Teil 1, Einl., Rn. 86; ähnlich Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 71; v.Hardenberg, RIW 2004, Beilage 1, S. 25, 26.

Bereitschaft nicht in der Lage sind, sich auf ein Verfahren und dessen Ablauf und Ausgestaltung zu einigen – selbst wenn ein Gerichtsverfahren nicht als vorteilhaft angesehen wird. Wenn die Unternehmen erst nach einem jahrelangen „Prozessmarathon“ bemerken, dass ihr Konflikt im Wege eines Mediationsverfahrens hätte beigelegt werden können, ist es häufig schon zu spät: Es besteht ein Vollstreckungstitel zugunsten einer der Parteien, die Kosten des Gerichtsverfahrens sind bereits angefallen und die Geschäftsbeziehung angegriffen oder womöglich ganz zerstört.<sup>21</sup> Nach dem Motto: Verträge soll man schließen, solange man sich noch verträgt<sup>22</sup>, beugt eine präventive Verfahrensklausel diesen Risiken vor.

### **Zurückhaltender Einsatz von Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen**

Das Mediationsverfahren würde vermutlich deutlich häufiger in Wirtschaftsbeziehungen eingesetzt, wenn Vertragsparteien bereits bei Vertragsschluss das Mediationsverfahren für den Streitfall vorgesehen hätten. Die Aufnahme von Mediationsklauseln in Verträge wird von Mediationsverbänden<sup>23</sup> und Institutionen zur alternativen Streitbeilegung und Handelskammern<sup>24</sup> ausdrücklich empfohlen. Im Internet bieten diese Stellen Mustermediationsklauseln unentgeltlich an, auch in der juristischen Literatur sind zunehmend vorformulierte Mediationsklauseln zu finden<sup>25</sup>, die Unternehmen für ihre Verträge oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen übernehmen können. In der mediationsrechtlichen Literatur werden Mediationsklauseln bisher vorwiegend im Zusammenhang mit unternehmensinternen Vertragsverhältnissen wie Gesellschaftsverträgen<sup>26</sup> und im Arbeitsrecht<sup>27</sup> thematisiert, zunehmend auch

---

<sup>21</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 301.

<sup>22</sup> Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 69.

<sup>23</sup> Bundesverband Mediation (BMEV), der Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt e.V. (BMWA), die Deutsche Gesellschaft für Mediation in der Wirtschaft e. V. (DGMW), das Europäische Institut für Conflict Management e.V. (EUCON), die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS).

<sup>24</sup> Internationale Handelskammer (International Chamber of Commerce, ICC); Z.B. IHK Hannover, IHK Nürnberg für Mittelfranken, IHK Düsseldorf.

<sup>25</sup> Musterklausel v. Hardenberg, RIW 2004, Beilage 1, S. 25; Vorpeil, RIW 2014, S. 37; Musterklausel bei Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 403.

<sup>26</sup> Z.B. Schröder, Mediationsklauseln im Gesellschaftsvertrag einer GmbH, GmbHR 2014, S. 960 ff.; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 334 ff.

<sup>27</sup> Z.B. Matheis/Hippeli, Mediation und Kündigungsschutzprozess- Bedeutung, Auswirkungen und Mediationsklauseln, DB 2016, S. 53 ff.

branchenspezifisch im Baurecht<sup>28</sup> oder in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>29</sup> Ihr potentieller Einsatzbereich ist aber deutlich größer und kann auch im Rahmen von externen Wirtschaftsbeziehungen zwischen Unternehmen eingesetzt werden.<sup>30</sup> Das alles zeigt, dass Mediationsklauseln unter den Streitbeilegungsklauseln zunehmende Beachtung finden.

Wie häufig Mediationsklauseln in Verträgen zwischen Unternehmen eingesetzt werden, ist mangels verlässlicher Zahlen aus der Praxis nicht zu beurteilen.<sup>31</sup> In Deutschland soll noch vor 15 Jahren kaum ein Vertrag eine Mediationsklausel enthalten haben<sup>32</sup>, nur vereinzelt ist in der Literatur von Beispielen aus der Unternehmenspraxis zu lesen.<sup>33</sup> Bei komplexen Wirtschaftsverträgen mit internationalem Bezug sollen Mediationsklauseln dagegen durchaus üblich sein.<sup>34</sup> Die meisten national agierenden Unternehmen setzen Mediationsklauseln aber wohl (noch) sehr zurückhaltend ein. Verhältnismäßig häufig werden dagegen Schieds- und Schiedsgutachtenklauseln in Verträge aufgenommen.<sup>35</sup>

Eine mögliche Erklärung für den seltenen Einsatz von Mediationsklauseln sind Vorbehalte insbesondere derjenigen, die bei der Gestaltung von Unternehmensverträgen mitwirken. Das sind vor allem Mitarbeiter der Rechts- und Personalabteilungen sowie Manager und Geschäftsführer. Gegen grundlegende Vorbehalte in der Wirtschaft spricht die in der genannten Studie ermittelte grundsätzlich positive Bewertung des Mediationsverfahrens durch die Unternehmen. In der Studie wurde aber vereinzelt die geringe Akzeptanz für präventive Vertragsklauseln auf Seiten der Geschäftsleitung als Grund für die seltene Aufnahme präventiver Vertragsklauseln genannt.<sup>36</sup>

---

<sup>28</sup> Z.B. bei Großprojekten im privaten Baurecht, dazu ausführlicher Wagner, in: Roquette/Otto, Vertragsbuch Privates Baurecht, Rn. 7 f., Mustermediationsklausel zur Vereinbarung der Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau) unter, Rn. 24.

<sup>29</sup> Zu ADR-Verträgen allgemein erstmals ausführlich die Dissertation von Hacke, ADR-Vertrag, 2001; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensecht der Wirtschaftsmediation, S. 8; Explizit zu Mediationsklauseln: Sick, BB Beilage 2003, S. 25 ff.; v.Hardenberg, RIW 2004, Beilage 1, S. 25.

<sup>30</sup> Koschany-Rohbeck, Praxishandbuch Wirtschaftsmediation, S. 293; ebenso die Einschätzung des eucon- Instituts, [www.eucon-insitut.de](http://www.eucon-insitut.de) unter „Konfliktvorsorge bei Vertragsschluss“ [Stand Februar 2018].

<sup>31</sup> Koch, in: Henssler/Koch, Mediation, § 11, Rn. 14.

<sup>32</sup> So Risse im Jahr 2003, § 3, Rn. 4.

<sup>33</sup> Zum Beispiel bei Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 333 über eine gestufte Mediationsklausel bei E.ON, siehe dazu auch Klowait, ZKM 2008, S. 171, 172.

<sup>34</sup> So schon Risse im Jahr 2003, § 3, Rn. 4; eine typische Mediationsklausel aus diesem Bereich lautet: „If any dispute arises out of this agreement, the parties will attempt to settle it by mediation [in accordance with the Rules of ...].“, siehe Kraft, VersR 2000, S. 935.

<sup>35</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke sprechen von einer „gängigen Vertragspraxis“, Mediation in der Wirtschaft, S. 332.

<sup>36</sup> PWC/EUV, Praxis des Konfliktmanagements, 2007, S. 16.

Eine weitere mögliche Erklärung ist, dass vorbeugendes Konfliktmanagement bei der Vertragsgestaltung im konstruktiven Klima des Vertragsschlusses häufig keine Priorität hat.<sup>37</sup> Fast symptomatisch werden Streitbeilegungsklauseln am Ende von Verträgen platziert.<sup>38</sup> Konflikte sind zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schwer vorstellbar und die Gestaltung des übrigen Vertrages nimmt regelmäßig schon genug Ressourcen in Anspruch. Darüber hinaus haben viele Rechtsabteilungen, insbesondere der national agierenden, kleineren Unternehmen, in der Regel wenig Erfahrung mit der Gestaltung alternativer Streitbeilegungsklauseln. Nicht alle Unternehmen und Rechtsabteilungen wissen, dass Mediation auch schon zu Friedenszeiten präventiv vereinbart werden kann, oder sie sehen von einer Mediationsklausel ab, weil sie bei der Formulierung und Gestaltung unsicher sind. Aus Zeit- und Kostengründen wird häufig von einer intensiveren Auseinandersetzung abgesehen und in den Vertrag entweder gar keine Streitbeilegungsklausel aufgenommen oder irgendeine – es wird dann das Verfahren vereinbart, mit dem das Unternehmen bzw. die Rechtsabteilung die meiste Erfahrung hat. Beide Varianten können sich nachteilig auswirken, wenn es später zum Konflikt kommt: Die Vereinbarung eines alternativen Streitbeilegungsverfahrens kann im Konfliktfall deutlich schwerer sein als zu einem Zeitpunkt, in dem sich die Parteien noch verstanden haben. Die (unüberlegte) Wahl irgendeines Verfahrens birgt das Risiko, dass das Verfahren nicht zum späteren Konflikt und den Bedürfnissen der Parteien passt.

Die mutmaßliche Vorsicht von Rechtsabteilungen bei der Gestaltung von Mediationsklauseln ist nicht ganz unbegründet. Zwar gibt es seit 2012 ein Mediationsgesetz – Mediationsklauseln sind anders als Schiedsklauseln aber nicht gesetzlich geregelt, sodass zahlreiche Rechtsfragen im Zusammenhang mit deren zulässiger Gestaltung, Wirkung und Durchsetzbarkeit Rechtsprechung und Literatur überlassen sind. Die vorliegende Arbeit widmet sich deshalb den Inhalten, Wirkungen und rechtlichen Rahmenbedingungen für Mediationsklauseln in (nationalen) Verträgen zwischen Unternehmen.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 149; Hanefeld/Wittinghofer, SchiedsVZ 2005, S. 217, 218.

<sup>38</sup> Zum Widerspruch zwischen Nutzen und Platzierung vorsorglicher Streitbeilegungsklauseln Hacke, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, L., II., Rn. 10.

<sup>39</sup> Mediationsklauseln in Verbraucherverträgen und in unternehmensinternen Verträgen werden nicht behandelt, da beide Varianten besondere Rechtsfragen aufwerfen, die den Umfang dieser Arbeit überschreiten.

## **Gang der Untersuchung**

Zu Beginn der Arbeit werden die Grundlagen des Einsatzes von Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen behandelt. Dazu gehören ihre Regelungsinhalte und ihre Einsatzmöglichkeiten in der Vertragsgestaltung zwischen Unternehmen. Die Darstellung der Regelungsinhalte orientiert sich im Wesentlichen an den Mustermediationsklauseln der Mediationsverbände und Institutionen zur alternativen Streitbeilegung.

Anschließend werden rechtliche Grundfragen von Mediationsklauseln untersucht. Dazu gehört die umstrittene Frage, welche Rechtsnatur Mediationsvereinbarungen haben und welche Vertragspflichten aus Mediationsvereinbarungen folgen.

Der dritte Teil der Arbeit behandelt weitere Rechtswirkungen wirksamer Mediationsklauseln. Zu den prozessualen Wirkungen gehören Auswirkungen auf laufende gerichtliche Verfahren, die Wirkung des regelmäßig in Mediationsklauseln enthaltenen Klagbarkeitsausschlusses auf ein Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren sowie sonstige Verfahren wie zum Beispiel das Mahn- oder selbstständige Beweisverfahren. Zu den materiellen Wirkungen zählen neben den aus Mediationsklauseln folgenden Vertragspflichten deren Auswirkungen auf die Verjährung und Aufrechnung von Forderungen aus dem Hauptvertrag, in den die Mediationsklausel integriert ist.

Der vierte Teil der Arbeit untersucht, welchen rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen Mediationsklauseln formell und inhaltlich unterliegen. Mangels einer ausdrücklichen Regelung zu Mediationsklauseln ist diese Frage nicht ohne weiteres zu beantworten. Insbesondere ist unklar, welche vertragsrechtlichen Anforderungen gelten und welche Rolle das Mediationsgesetz bei der Beurteilung von Mediationsklauseln spielt.

Bei Mediationsklauseln ergibt sich überdies die Besonderheit, dass es einerseits allgemeine Wirksamkeitsanforderungen gibt, die für alle Mediationsklauseln ungeachtet ihrer Ausgestaltung im Einzelnen gelten. Andererseits gibt es Wirksamkeitsanforderungen, die nur für die Beurteilung einzelner Klauselinhalte relevant sind. Zunächst werden allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen dargestellt. Im Anschluss werden die besonderen Wirksamkeitsanforderungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und des Mediationsgesetzes aufgezeigt. Zum Schluss des Abschnitts werden einige konkrete Regelungsgehalte auf ihre Zulässigkeit überprüft. Aufgrund der Vielzahl möglicher Regelungsinhalte beschränken sich die Ausführungen auf Regelungen, die besonders häufig in Musterklauseln bzw. institutionellen Verfahrensordnungen enthalten sind und darüber hinaus inhaltlich von den Regelungen des

Mediationsgesetzes abweichen bzw. Regelungen enthalten, die das Mediationsgesetz nicht umfasst. Absprachen, die sich mit dem Mediationsgesetz überschneiden, sind in den institutionellen Verfahrensordnungen häufig zu finden und in der Regel rechtlich nicht problematisch. Diese Überschneidungen werden daher nur kurz dargestellt.

Der fünfte Teil der Untersuchung widmet sich der Frage, welche Möglichkeiten zur Durchsetzung von Mediationsklauseln bestehen, insbesondere, ob die Einhaltung von Mediationsklauseln gerichtlich eingeklagt werden kann.

Zum Schluss der Arbeit wird erläutert, welche Möglichkeiten die Vertragsparteien haben, sich von der Mediationsklausel zu lösen. Besondere Relevanz hat insbesondere die einseitige Kündigung der Mediationsklausel.

Besonderes Augenmerk soll im Rahmen der Untersuchung darüber hinaus auch auf die Frage gerichtet werden, ob der Rückgriff auf die zahlreichen im Internet zu findenden Musterklauseln und Verfahrensordnungen Mustermediationsklauseln institutioneller Anbieter einen sinnvollen und rechtlich unbedenklichen Ausweg für Unternehmen bieten, die keine eigene Klausel gestalten wollen. Der Rückgriff auf diese Musterformulierungen dürfte wegen der Zeit- und Kostenersparnis und der noch mangelnden Erfahrung mit Streitbeilegungsklauseln für Unternehmen besonders reizvoll sein. Den Institutionen wird regelmäßig zugetraut, dass sie regelungsbedürftige Aspekte und rechtliche Grenzen derartiger Vereinbarungen berücksichtigen. Ob dem tatsächlich so ist, soll in dieser Arbeit geklärt werden.

Desweiteren soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit sich Mediationsklauseln (derzeit) überhaupt im Rahmen eines präventiven Konfliktmanagements empfehlen. Diese Frage wird umso gewichtiger vor dem Hintergrund, dass mit steigender Popularität der Mediation und einem gesteigerten Bewusstsein für den Nutzen vorsorglicher Konfliktvereinbarungen auch Mediationsklauseln künftig häufiger als bisher in Wirtschaftsverträge aufgenommen werden<sup>40</sup> bzw. eine solche Aufnahme künftig häufiger erwogen wird.

---

<sup>40</sup> Einen Zuwachs an Mediationsklauseln bemerkten schon Klowait, ZKM 2008, S. 171, 172; sowie 2011 Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 332.



## Teil 1: Durch Mediationsklauseln zur Mediation – Grundlagen, Inhalt und Einsatzmöglichkeiten

Das Mediationsverfahren basiert auf der übereinstimmenden und freiwilligen Erklärung der Konfliktparteien, gemeinsam eine Mediation durchführen zu wollen.<sup>41</sup> Einen gesetzlichen oder richterlichen Zwang zur Mediation gibt es nicht.<sup>42</sup> Konfliktparteien haben die Wahl, ob sie vor einem (Schieds-)Gericht eine verbindliche oder vorläufige Entscheidung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes herbeiführen oder ein Mediationsverfahren durchführen wollen. Die Begrifflichkeit für diese Parteiabsprache variiert in der Literatur, wird aber überwiegend als **Mediationsvereinbarung** bezeichnet.<sup>43</sup> Die Mediationsvereinbarung der Parteien bildet stets die Grundlage für das Mediationsverfahren und für die weiteren Vertragsverhältnisse in der Mediation. Sie wird in der Regel vor Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens geschlossen, ist aber auch während eines laufenden Gerichtsverfahrens möglich, entweder veranlasst durch den Vorschlag eines Richters<sup>44</sup> oder aus eigenem Antrieb, ggf. auch der Parteienanwälte. Häufig vereinbaren die Parteien die Durchführung eines Mediationsverfahrens erst nach Eintritt des Konflikts *ad hoc* beim ersten Zusammentreffen mit dem Mediator in der ersten Phase des Mediationsverfahrens. In der Regel wird diese nachträgliche (= nach dem Eintritt des Konflikts) Mediationsvereinbarung in einem selbstständigen Schriftstück festgehalten. Für diese selbstständige Mediationsvereinbarung hat sich in Anlehnung an die Terminologie der „Schiedsabrede“ (vgl. § 1029 Abs. 2 ZPO) die Bezeichnung **Mediationsabrede** etabliert.<sup>45</sup> Die Mediationsabrede ist die häufigste Form der nachträglichen Mediationsvereinbarung.<sup>46</sup> Ein Mediationsverfahren wird nur aus Anlass eines konkreten Konflikts geführt.

Die Parteien können ein Mediationsverfahren auch schon vor Entstehung eines Konflikts vorsorglich für den Fall seines Eintritts vereinbaren. Die vorsorgliche Mediationsvereinbarung

---

<sup>41</sup> Nicht zwingend Vereinbarung erforderlich laut Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 1.

<sup>42</sup> Möglich ist aber ein Mediationsverfahren während des gerichtlichen Verfahrens auf Anregung des Richters, § 278a ZPO, dazu Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 66.

<sup>43</sup> Ebenfalls gebräuchlich sind die Begriffe Mediationsabrede und Mediationsvertrag. Die Terminologie ist im Schrifttum sehr uneinheitlich, zu diesem „Tohuwabohu“ ausführlich Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 62 ff.

<sup>44</sup> So genannte „gerichtsnahe Mediation“, § 278a ZPO, zu gesetzlichen und richterlichen Wegen in die Mediation ausführlich Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 66.

<sup>45</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 10; so schon Hess in der Voraufgabe 2009, § 43, Rn. 12; Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 4, Rn. 11; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 10; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 227; Friedrich, MDR 2004, S. 481; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 23.

<sup>46</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 10.

wird in der Regel nicht in einem selbstständigen Schriftstück geregelt, sondern als unselbstständige Absprache in Form einer **Mediationsklausel** in ein sonstiges Vertragswerk schriftlich aufgenommen.<sup>47</sup> Mediationsklauseln im hier verstandenen Sinn sind präventive unselbstständige Mediationsvereinbarungen in größeren Vertragswerken<sup>48</sup> und sind die häufigste Erscheinungsform der vorsorglichen Mediationsvereinbarung.<sup>49</sup> Der Begriff „Mediationsvereinbarung“ ist somit als Oberbegriff für Mediationsklauseln und Mediationsabreden zu verstehen.<sup>50</sup> Dogmatisch ist die Mediationsvereinbarung vom „**Mediatorvertrag**“ zu unterscheiden, den die Konfliktparteien mit dem Mediator vor Beginn des Mediationsverfahrens ebenfalls vor bzw. bei Beginn des Mediationsverfahrens schließen. Es handelt sich hierbei um zwei verschiedene Vertragsverhältnisse, die unterschiedliche Rechtsbeziehungen entfalten.<sup>51</sup> Der Mediatorvertrag enthält die Absprache zwischen den Parteien und dem Mediator<sup>52</sup>, dass dieser das Mediationsverfahren leiten und die Medianten bei der eigenverantwortlichen Lösungsfindung unterstützen wird. Er begründet das Rechtsverhältnis zwischen den Konfliktparteien und dem Mediator und legt dessen Rechte und Pflichten sowie seine Vergütung fest.<sup>53</sup> Wird erst im Konfliktfall eine Mediation vereinbart, werden Mediationsvereinbarung, Verfahrensabsprachen und Mediatorvertrag selten in einem jeweils selbstständigen Schriftstück festgehalten, sondern häufig in einer einzigen Vertragsurkunde nach Abschluss der ersten Phase festgehalten und von allen Beteiligten unterschrieben, da eine Vielzahl der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien auch ihr Verhältnis zum Mediator betreffen.<sup>54</sup> Dieser Vertrag wird dogmatisch verwirrend in Schrifttum und Praxis teilweise ebenfalls als „Mediationsvereinbarung“<sup>55</sup>

---

<sup>47</sup> Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 4, Rn. 11; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 10; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 23; Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 69; teilweise werden auch nur formularmäßige unselbstständige Mediationsvereinbarungen als Mediationsklausel bezeichnet, Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307, Rn. 1.

<sup>48</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 29; zu den möglichen Wegen in die Mediation: Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 7 ff., Rn. 60 ff.

<sup>49</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 10.

<sup>50</sup> So auch Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 24.

<sup>51</sup> Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 227; Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 69.

<sup>52</sup> Der Mediatorvertrag wird daher auch häufig als „dreiseitiger Vertrag“ klassifiziert, Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn. 33; die Rechtsnatur des Mediatorvertrages ist umstritten, teilweise wird er als entgeltliche Geschäftsbesorgung in Form eines Dienstvertrages gemäß §§ 675 Abs. 1, 611 BGB qualifiziert, teilweise als freier Dienstvertrag gemäß § 611 BGB, siehe dazu Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 20; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn. 36; Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 56 ff.

<sup>53</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn. 33, Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 1.

<sup>54</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 9.

<sup>55</sup> Fischer weist zu recht darauf hin, dass sprachlogisch dagegen nichts einzuwenden ist, da letztlich alle Absprachen in der Mediation im weiteren Sinne Mediationsvereinbarungen seien, Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 61 f.

oder als „Mediations-Rahmenvereinbarung“<sup>56</sup> bezeichnet. Zur besseren Unterscheidung von der ausschließlich zwischen den Konfliktparteien geschlossenen Mediationsvereinbarung bietet sich aber für dieses Bündel an Absprachen der Begriff **„Mediationsvertrag“**<sup>57</sup> an.

Mediationsklauseln als vorsorgliche Mediationsvereinbarungen enthalten im Regelfall zwei Absprachen<sup>58</sup>: Die Vereinbarung zur gemeinsamen Durchführung eines Mediationsverfahrens sowie die Abrede, vor und während des Mediationsverfahrens keine Klage zu erheben. **Einfache Mediationsklauseln**<sup>59</sup> begnügen sich mit dieser Vereinbarung eines Mediationsverfahrens vor Klageerhebung.<sup>60</sup> Neben diesem Kerninhalt von Mediationsklauseln kommen noch zahlreiche weitere Regelungen in Betracht. Regelt eine Mediationsklausel mehr als die genannten Kerninhalte, stellt sie eine **qualifizierte Mediationsklausel** dar.<sup>61</sup> Qualifizierte Mediationsklauseln enthalten zum Beispiel Regelungen zur Einleitung und Ablauf des Verfahrens, zur Auswahl des Mediators, Kostentragung oder einstweiligem Rechtsschutz.<sup>62</sup> In einem umfangreichen Hauptvertrag kann eine solche ausführlich gestaltete Mediationsklausel schnell unübersichtlich werden. Von Institutionen und Verbänden im Bereich der alternativen Streitbeilegung<sup>63</sup> oder von Handelskammern<sup>64</sup> werden daher in der Regel einfache Mediationsklauseln empfohlen, die einen Verweis auf eine hauseigene separate **Verfahrensordnung**<sup>65</sup> enthalten.

---

<sup>56</sup> Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 14.

<sup>57</sup> So auch Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 227.

<sup>58</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 80.

<sup>59</sup> Begrifflichkeit von Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MediationsG, Rn. 152 mit Formulierungsbeispiel.

<sup>60</sup> Zum Beispiel die Muster-Mediationsklausel der IHK Wiesbaden: „Die Parteien verpflichten sich, im Falle einer sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeit vor Klageerhebung bei einem ordentlichen Gericht oder Schiedsgericht eine Mediation gemäß der Mediationsordnung der IHK Wiesbaden durchzuführen.“

<sup>61</sup> Qualifizierte Mediationsklausel bei Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MediationsG, Rn. 158.

<sup>62</sup> Zum Beispiel die missverständlich als „Einfache Mediationsklausel“ betitelte ausführlich gestaltete Mediationsklausel bei Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 73.

<sup>63</sup> Bundesverband Mediation (BMEV), der Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt e.V. (BMWA), die Deutsche Gesellschaft für Mediation in der Wirtschaft e. V. (DGMW), das Europäische Institut für Conflict Management e.V. (EUCON), die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS).

<sup>64</sup> Internationale Handelskammer (International Chamber of Commerce, ICC); Z.B. IHK Hannover, IHK Nürnberg für Mittelfranken, IHK Düsseldorf.

<sup>65</sup> Vgl. beispielhaft die Mediationsordnung der IHK Düsseldorf unter [www.duesseldorf.ihk.de](http://www.duesseldorf.ihk.de) [Stand Januar 2019].

## I. Kerninhalt von Mediationsklauseln

### 1. Vereinbarung zur Durchführung des Mediationsverfahrens

Die Vereinbarung zur Durchführung des Mediationsverfahrens kann im Einzelfall sehr unterschiedlich formuliert sein. Die Formulierungen der Musterklauseln variieren bezüglich des Grades der Verbindlichkeit der Mediationsvereinbarung. Ein Teil der Musterklauseln formuliert ausdrücklich eine Verpflichtung zur Durchführung des Mediationsverfahrens.<sup>66</sup> Andere Klauseln formulieren unverbindlicher die Berechtigung<sup>67</sup> oder die Absicht („sollen“)<sup>68</sup> der Parteien, im Konfliktfall eine Mediation durchzuführen. Andere Anbieter sehen nur eine Vereinbarung zur Durchführung eines Mediationsverfahrens vor.<sup>69</sup> Zu finden sind auch Formulierungen mit feststellendem Charakter, nach denen „die Parteien ein Mediationsverfahren durchführen [werden]“.<sup>70</sup> Die Formulierung im Einzelfall ist für die Zulässigkeit und rechtliche Bewertung von Mediationsklauseln relevant, da eine ausdrückliche Verpflichtung zur Durchführung des Mediationsverfahrens vor dem Hintergrund der Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens teilweise als problematisch angesehen wird.<sup>71</sup>

Die Musterklauseln belassen es in der Regel bei dieser Vereinbarung und konkretisieren nicht, was die Parteien einander aufgrund der Vereinbarung schulden. Unklar ist daher, was für die Parteien aus der Vereinbarung zur Durchführung des Mediationsverfahrens folgt. Ein „Standardproblem“ im Umgang mit Mediationsklauseln ist deshalb die Bestimmung von Vertrags- oder Verhaltenspflichten der Parteien.<sup>72</sup>

Die meisten Musterklauseln konkretisieren den Konfliktgegenstand dahingehend, dass ein Mediationsverfahren bei Streitigkeiten aus oder in Zusammenhang mit dem Hauptvertrag<sup>73</sup>

---

<sup>66</sup> Zum Beispiel die Mediationsklausel des BMWV; § 8 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>67</sup> Vgl. Muster-Mediationsklausel unter: [www.wirtschaft-mediator.de](http://www.wirtschaft-mediator.de).

<sup>68</sup> Mediationsklausel von Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 73: „*Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag sollen grundsätzlich einvernehmlich in einem Mediationsverfahren beigelegt werden.*“; so übernommen von Töben, RNotZ 2013, S. 321, 323.

<sup>69</sup> Mediationsklausel des EUCON (Europäisches Institut für Conflict Management e.V.) unter: [www.gmwk.org](http://www.gmwk.org), eine ähnliche Klausel empfiehlt der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. unter <http://www.dis-arb.de>.

<sup>70</sup> So die Mediationsvereinbarung von Risse, in: Hoffmann-Becking/Gebele, In: Hoffmann-Becking/Gebele, BeckPFormB BHW, XII., unter 9.; ähnlich Eucon-Mediationsklausel, abrufbar unter: [www.gwmk.org](http://www.gwmk.org); Klausel der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit unter [http://www.mediation.de/images/stories/mf/texte/Mediationsordnung\\_DIS.pdf](http://www.mediation.de/images/stories/mf/texte/Mediationsordnung_DIS.pdf).

<sup>71</sup> Dazu in Teil 2, II., 1.

<sup>72</sup> Dazu in Teil 2, II., 2.

<sup>73</sup> Mediationsvereinbarung von Risse, in: Hoffmann-Becking/Gebele, BeckPFormB BHW, XII. unter 9.; BMWA-Mediationsklausel; Eucon-Mediationsklausel; DIS-Mediationsvereinbarung.

bzw. bei Meinungsverschiedenheiten bei der Durchführung des Vertrags<sup>74</sup> durchgeführt wird. Die Konkretisierung des Streitgegenstands beugt weiteren Konflikten darüber vor, bei welchen Streitigkeiten ein Mediationsverfahren durchgeführt werden soll. Diese Gefahr besteht insbesondere in umfangreichen Geschäftsbeziehungen, in denen eine Vielzahl unterschiedlicher Konflikte entstehen kann. Desweiteren erfüllt eine solche Konkretisierung die Bestimmtheitsanforderungen, die teilweise von der mediationsrechtlichen Literatur an die Mediationsklausel gestellt werden.<sup>75</sup>

Vereinzelte Klauseln enthalten den Zusatz, dass auch Konflikte hinsichtlich der Wirksamkeit<sup>76</sup> und Gültigkeit<sup>77</sup> des Hauptvertrags von der Mediationsvereinbarung umfasst sind. Hintergrund dieser Regelung ist folgender: Mediationsklauseln sind ihrer Natur nach in einen Hauptvertrag eingebunden, der das Rechtsverhältnis der Parteien begründet und regelt. Wenn sich eine Partei im Konfliktfall darauf beruft, dass der Hauptvertrag unwirksam, nicht zustande gekommen oder beendet worden ist<sup>78</sup> oder der Vertrag tatsächlich und unbestritten unwirksam ist, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen auf die Mediationsklausel. Von Interesse ist, ob die Mediationsklausel auch bei Konflikten über die Gültigkeit des Hauptrechtsverhältnisses greift oder von der behaupteten oder tatsächlichen Unwirksamkeit des Hauptvertrages umfasst ist, sodass kein Mediationsverfahren über den Konflikt durchgeführt werden muss. Rechtlich ergibt sich hier das umstrittene Problem, inwiefern die Mediationsklausel in ihrer Wirksamkeit von der Wirksamkeit des Hauptvertrags abhängt.<sup>79</sup> Um derartige praktische und rechtliche Unsicherheiten zu vermeiden, stellen einige Klauseln klar, dass ein Mediationsverfahren auch bei Streitigkeiten über die Gültigkeit des Vertrags durchgeführt werden soll.

## **2. Abrede zur Klageerhebung**

In der Regel wird das Mediationsverfahren vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens und damit als Alternative zum gerichtlichen Verfahren vereinbart<sup>80</sup>, weil gerade keine rein rechtliche Entscheidung durch einen Dritten gewünscht ist. Trotz Mediationsvereinbarung können die Parteien aber grundsätzlich eine Klage vor Gericht erheben, ohne Sanktionen fürchten zu

---

<sup>74</sup> Mediationsklausel der DGMW.

<sup>75</sup> Dazu in Teil 4, I., 3.

<sup>76</sup> BWA-Mediationsklausel.

<sup>77</sup> Zum Beispiel die als „Schlichtungsklausel“ betitelte Klausel des BMEV.

<sup>78</sup> Laut Wagner passiert dies in der Praxis nicht selten, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 55.

<sup>79</sup> Dazu unter Teil 4, I., 4.

<sup>80</sup> Möglich ist aber ein Mediationsverfahren während des gerichtlichen Verfahrens auf Anregung des Richters einzuleiten, siehe § 278a ZPO, dazu Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 66.

müssen. Für wirksame Schiedsklauseln ordnet § 1032 Abs. 1 ZPO an, dass eine entgegen einer Schiedsklausel erhobenen Klage das Gericht diese als unzulässig abzuweisen hat, sofern der Beklagte dieses vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache rügt. Für Mediationsklauseln existiert eine vergleichbare Vorschrift nicht.

Eine parallele Durchführung von Gerichts- und Mediationsverfahren kann sich aber wegen der unterschiedlichen Ausrichtungen beider Verfahren kontraproduktiv auf den Erfolg des Mediationsverfahrens auswirken.<sup>81</sup> Im Mediationsverfahren versuchen die Konfliktparteien freiwillig und eigenverantwortlich, mithilfe des Mediators eine Lösung für ihren Konflikt zu entwickeln. Ein Lösungsvorschlag oder eine Streitentscheidung durch den Mediator erfolgt nicht. Das Gerichtsverfahren ist dagegen rechtsbasiert und endet mit einer verbindlichen rechtlichen Entscheidung durch den Richter, die hinter den Rechtspositionen stehende Interessen nur begrenzt berücksichtigen kann. Eine interessenbasierte eigenverantwortliche Lösungsfindung in der Mediation durch die Parteien ist schwer vorstellbar, wenn gleichzeitig im Gerichtsverfahren Standpunkte und Rechtspositionen vorgebracht werden, auf deren Basis der Richter eine rechtlich korrekte Entscheidung trifft.<sup>82</sup>

Gegen eine gleichzeitige Durchführung von Gerichtsverfahren und Mediationsverfahren sprechen auch Kostengründe: Gerichtskosten und Anwaltsgebühren sind bereits bei Klageerhebung zu zahlen. Ein Großteil dieser Kosten ist selbst dann verloren, wenn nach einer erfolgreichen, parallel zum Gerichtsverfahren durchgeführten Mediation eine oder beide Parteien den Rechtsstreit für erledigt erklären.<sup>83</sup> Auch bei Einleitung eines Schiedsgerichtsverfahrens sind in der Regel eine Bearbeitungsgebühr und ein Kostenvorschuss für das Schiedsgericht zu zahlen.<sup>84</sup>

Um die parallele Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens zu verhindern, vereinbaren Vertragsparteien deshalb neben der Durchführung des Mediationsverfahrens häufig, dass das

---

<sup>81</sup> „sinnwidrig“ Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 206; ähnlich schon Walter, ZJP 103 (1990), S. 141, 163 für die Schlichtung; vgl. auch § 6 Abs. 1 S.1 BWA-Verfahrensordnung: „Die Beteiligten erkennen an, dass die Einleitung von streitigen Verfahren [...] den Erfolg der Mediation gefährden kann.“

<sup>82</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 12; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 118; Unberath: Ein paralleles Hauptsacheverfahren konterkariert die Mediation, NJW 2011, S. 1320, 1321; Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 6: Wer vor Gericht für den eigenen Standpunkt kämpft, wird kaum gleichzeitig im Mediationsverfahren interessenorientiert zu gemeinsamen Lösungen kommen.

<sup>83</sup> Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 6, ebenso Unberath NJW 2011, S. 1320, 1321.

<sup>84</sup> Vgl. den Gebührenrechner der DIS, die Kosten des Verfahrens betragen mindestens 2192,50 EUR: unter [www.disarb.org/de/](http://www.disarb.org/de/) [Stand Januar 2019].

Mediationsverfahren vor Einleitung eines (schieds-)gerichtlichen Verfahrens durchzuführen ist bzw. die vorherige Erhebung einer Klage unzulässig ist.<sup>85</sup> Eine solche Abrede zur Klageerhebung ist in vielen institutionellen Musterklauseln zu finden, wenngleich die Formulierungen variieren.<sup>86</sup>

Teilweise wird eine Klagbarkeit bis zur Beendigung der Mediation ausdrücklich ausgeschlossen<sup>87</sup>, teilweise ist lediglich vorgesehen, dass das Mediationsverfahren „vor Einleitung eines gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahrens“ oder „vor der Inanspruchnahme des ordentlichen Rechtswegs“ durchzuführen ist.<sup>88</sup>

Da das Mediationsverfahren keinen Erfolg garantiert, weil die Parteien selbst für die Lösung verantwortlich sind, haben die Parteien in der Regel ein Interesse daran, dass der Rechtsweg nach Misslingen eines Mediationsverfahrens wieder offensteht.<sup>89</sup> Teilweise treffen die Musterklauseln differenzierte Regelungen, wann die Beschreitung des Rechtswegs zulässig ist, z.B. wenn nach Ablauf einer bestimmten Frist die erste Mediationssitzung nicht stattgefunden hat oder kein Mediator bestimmt ist, Parteien nicht zur Mediationssitzung erscheinen, die Mediation gescheitert ist oder keine Lösung gefunden wurde<sup>90</sup>. Mitunter wird auch ein spezielles Vorgehen für den Fall des Scheiterns angeordnet.<sup>91</sup> Das Scheitern und dessen Folgen detailliert zu regeln, wird aus taktischen Gründen empfohlen, da andernfalls eine Partei, die keine

---

<sup>85</sup> Musterklausel der IHK-Wirtschaftsmediatoren; einfache Mustermediationsklausel bei Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 154; DIS-Mediationsklausel § 9 9.3; 6.b. BMEV-Mediationsordnung; Mediationsklausel DGMW; § 9, 9.3 DIS-Mediationsklausel; Musterklausel bei Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 403.

<sup>86</sup> Musterklausel der IHK-Wirtschaftsmediatoren unter: <http://www.wirtschaftsmediatoren-ihk.de>; einfache Mustermediationsklausel bei Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 154; § 9 9.3 DIS-Mediationsklausel; 6.b. BMEV-Mediationsordnung; Mediationsklausel der DGMW; Musterklausel bei Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 403; lediglich die ICC-Verfahrensordnung sieht vor, dass vorbehaltlich anderweitiger Parteivereinbarungen gerichtliche Verfahren zulässig bleiben.

<sup>87</sup> § 6 Abs.1 S.2 BMWA-Verfahrensordnung; „unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs“ Schlichtungsklausel des BMEV; „befristeter Klageverzicht“, § 9 DIS-Mediationsordnung.

<sup>88</sup> § 8 Abs.1 eucon-Verfahrensordnung; Mediationsklausel der DGMW.

<sup>89</sup> In Musterklauseln bisher nicht aufgetaucht und daher rein theoretisch ist die Frage, ob in Mediationsklauseln auch ein dauerhafter Klageverzicht zulässig ist. In der Literatur wird dieser Aspekt kaum thematisiert. Einzig Hacke beschäftigt sich ausführlicher damit, ob ADR-Klauseln allgemein einen dauerhaften Klageverzicht beinhalten können, im Ergebnis bejahend Hacke, ADR-Vertrag, S. 120 ff.

<sup>90</sup> BMEV-Mediationsklausel; BMWA-Mediationsklausel; Mediationsklausel bei Hund v. Hagen, Formularbuch Recht und Steuern, A.13.02.

<sup>91</sup> Z.B. die Formulierung bei Risse, in: Hoffmann-Becking/Gebele, BeckPFormB BHW, XII. unter 9.: *„Eine Beschreitung des Rechtswegs ist erst zulässig, wenn eine Partei oder der Mediator die Mediation schriftlich für gescheitert erklärt hat. Die Erklärung ist erst zulässig, wenn eine erste gemeinsame Verhandlung mit dem Mediator stattgefunden hat oder wenn seit dem Mediationsantrag zwei Monate verstrichen sind, ohne dass es zu einer ersten Mediationssitzung gekommen ist. Die Erklärung muss schriftlich gegenüber der anderen Partei erfolgen.“*

schnelle Lösung des Konflikts braucht, von vorneherein das Mediationsverfahren „torpedieren“ könne.<sup>92</sup>

Ob eine vertragliche Beschränkung des staatlichen Rechtsschutzes zulässig ist, wird insbesondere im Zusammenhang mit alternativen Streitbeilegungsklauseln seit langem diskutiert. Der BGH wertet Beschränkungen der Klagbarkeit durch Schlichtungsklauseln grundsätzlich als zulässig.<sup>93</sup> Für die Zulässigkeit einer Beschränkung des Rechtsschutzes durch Mediationsklauseln argumentiert die mediationsrechtliche Literatur überzeugend mit der Privatautonomie der Vertragsparteien.<sup>94</sup> Außerdem stellt die ZPO die Klagerhebung frei, weswegen auch der Klagerverzicht frei gestellt sein muss.<sup>95</sup> Auch bestehen keine Bedenken, die Durchsetzbarkeit von Forderungen einzuschränken, auf die die Parteien materiell-rechtlich verzichten könnten. Das folgt aus einem argumentum a maiore ad minus: Wenn Parteien gemäß §§ 397, 311 BGB ein Schuldverhältnis aufheben können, muss auch die bloße Einschränkung der Klagbarkeit möglich sein.<sup>96</sup>

Auch regelt die ZPO mit dem Schiedsgerichtsverfahren eine auf vertraglicher Parteivereinbarung beruhende Alternative zum staatlichen Gerichtsverfahren. Wenn schon eine den Rechtsweg dauerhaft ausschließende Schiedsvereinbarung zulässig ist, steht erst recht eine weniger weit reichende Vereinbarung wie die Mediationsvereinbarung zur Disposition der Parteien.<sup>97</sup> Darüber hinaus ist das Mediationsverfahren seit Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes im Jahre 2012 erstmals gesetzlich geregelt worden und in der ZPO erwähnt. Nach § 278a ZPO kann ein Richter den Parteien eine Mediation oder eine andere Form außergerichtlicher Konfliktbeilegung bei einem externen, außerhalb der gerichtlichen Sphäre stehenden

---

<sup>92</sup> Sick, Betriebs-Berater Beilage 2003, S. 26.

<sup>93</sup> Zur Zulässigkeit einer Schlichtungsklausel aufgrund der Vertragsfreiheit: BGH Urteil vom 4.7.1977 – II ZR 55/76, NJW 1977, 2263; Zulässigkeit einer Schlichtungsklausel jedenfalls dann, wenn Vertragspartner an der Anrufung einer Gütestelle ein berechtigtes Interesse haben: BGH, Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82, NJW 1984, 669; ebenso argumentiert der BGH zu Schlichtungsklauseln in seinem Urteil vom 18. 11. 1998 – VIII ZR 344-97, NJW 1999, 647; Zulässigkeit einer Schlichtungsklausel jedenfalls dann, wenn das Schlichtungsverfahren gewisse rechtsstaatliche Mindestanforderungen einhält: BGH, Urteil vom 29. 10. 2008 – XII ZR 165/06 NJW-RR 2009, 637.

<sup>94</sup> von Schubert, Michael, in: Schiffer, Schiedsverfahren und Mediation, S. 268, Rn. 825; Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 26, Rn. 20; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 23.

<sup>95</sup> Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 472.

<sup>96</sup> Diese Auffassung vertrat schon 1970 das OLG Celle im Hinblick auf eine Güteklausel, NJW 1971 288 (289); Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 14: Argument grundsätzlich zutreffend, jedoch nicht zwingend, dass Klageverzicht nur bei verzichtbaren Rechten möglich ist. Der BGH ließ in einer Entscheidung zur Schlichtungsklausel offen, ob dieser Aussage in ihrer Allgemeinheit zugestimmt werden kann: Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82, NJW 1984, 669 f.; kritisch bezüglich dieses Arguments bei Schlichtungsklauseln: Prütting; Urteilsanmerkung zu BGH, Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82, ZJP 99 (1986), 90, 97; Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 472.

<sup>97</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 50.



Mediator vorschlagen. Wenn die Parteien sich zur Durchführung entscheiden, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an, § 278 a Abs. 2 ZPO. Auch kann der Güterichter nach § 278 Abs. 5 ZPO auch Methoden der Mediation einsetzen.<sup>98</sup> Das BVerfG erklärte bereits im Jahr 2007 einvernehmliche Lösungen vor richterlicher Entscheidung für vorzugswürdig und setzte damit einen maßgeblichen Impuls für die endgültige Etablierung alternativer Konfliktlösungsinstrumente.<sup>99</sup> Das Mediationsverfahren ist daher mittlerweile als anerkannte Alternative zum gerichtlichen Verfahren anzusehen, die von Vertragsparteien grundsätzlich vereinbart werden kann.

Gleichwohl wirft der Klagbarkeitsausschluss in Mediationsklauseln zahlreiche Fragen auf. Dies betrifft zum einen seine Wirkung, die in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht eindeutig geklärt ist. Dementsprechend umstritten ist auch die Rechtsnatur derartiger Vereinbarungen. Zumindest gegenüber Verbrauchern ist die Vereinbarung eines Klagbarkeitsausschlusses seit Einführung des § 309 Nr. 14 BGB im Jahr 2016 in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig. Einen entsprechenden Hinweis enthält bislang nur die Mustermediationsklausel des Europäischen Instituts für Konfliktmanagement (eucon).<sup>100</sup> Welche Auswirkungen diese Vorschrift auf die Wirksamkeit eines Klagbarkeitsausschlusses in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Unternehmern hat, ist bisher nicht eindeutig geklärt.<sup>101</sup>

## **II. Weitere Regelungsinhalte, insbesondere der institutionellen Verfahrensordnungen**

Neben dem Kerninhalt von Mediationsklauseln – die Vereinbarung des Mediationsverfahrens und eine Abrede zur Klageerhebung – können in Mediationsklauseln noch zahlreiche weitere Regelungen aufgenommen werden, zum Beispiel zur Verfahrenseinleitung, zu den Kosten oder zur Vertraulichkeit. Welche Absprachen idealerweise bereits im Vorfeld des Konflikts geregelt werden sollten, ist für Rechtsabteilungen in Unternehmen ohne Mediationserfahrung und Kenntnisse im Mediationsrecht regelmäßig schwer zu beurteilen. Musterklauseln und Verfahrensordnungen institutioneller Anbieter spielen deshalb eine wichtige Rolle bei der Verwendung von Mediationsklauseln in der Praxis. Den jeweiligen Institutionen wird zugetraut, dass diese aufgrund langjähriger Erfahrung über eine „fundierte Expertise und Erfahrungen

---

<sup>98</sup> Ausführlich dazu Bäumerich, Maik, Güterichter und Mediatoren im Wettbewerb, 2015.

<sup>99</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.2.2007 – 1 BvR 1351/01, Rn. 35, NJW-RR 2007, 1073.

<sup>100</sup> Unter [www.eucon-institut.de](http://www.eucon-institut.de) [Stand Januar 2019].

<sup>101</sup> Siehe Teil 4, II., 3., c).

bei der Gestaltung derartiger Klauseln“ verfügen<sup>102</sup> und ihre Regelungen auf dem „neuesten Stand des Mediationsrechts“ halten<sup>103</sup>.

Die meisten Mustermediationsklauseln von Mediationsanbietern enthalten einen Verweis auf hauseigene Verfahrensordnungen, die zahlreiche Verfahrensregelungen enthalten. Das hat vor allem den praktischen Vorteil, dass die Mediationsklausel nicht zu umfangreich wird. Die institutionellen Verfahrensordnungen überschneiden sich inhaltlich mit qualifizierten Mediationsklauseln, sind aber häufig noch differenzierter und ausführlicher ausgestaltet. Die teilweise sehr differenzierten Regelungswerke der institutionellen Verfahrensordnungen entlasten die Parteien von der schwierigen Aufgabe, eigene Regelungen zur Mediation auch ohne Hilfe eines Mediators aufzustellen. Insbesondere vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes im Jahr 2012 war das sehr hilfreich, da allgemeingültige Regelungen für die Mediation fehlten und die Parteien jeden Aspekt des Mediationsverfahrens selbst regeln mussten<sup>104</sup>, wenn sie die Verbindlichkeit der Regeln sichern wollten.

## **1. Ergänzende Regelungen durch das Mediationsgesetz**

Seit Inkrafttreten des Mediationsgesetzes sind die Parteien nicht mehr in allen Fragen auf eigene Regelungen angewiesen.<sup>105</sup> Denn die Regelungen des Mediationsgesetzes greifen ergänzend ein, wenn die Parteien keine Regelung treffen, eine konkrete Parteivereinbarung unwirksam ist, wenn Unklarheiten im Hinblick auf die Formulierung der Parteivereinbarung bestehen, oder eine Verfahrensordnung nicht wirksam einbezogen wurde.<sup>106</sup> Allerdings regelt das mit neun Paragraphen übersichtliche Mediationsgesetz das Mediationsverfahren nur rudimentär.<sup>107</sup> Das Mediationsgesetz definiert lediglich die Mediation und den Mediator, nennt einige Verfahrensgrundsätze und beschreibt die Rolle und Pflichten des Mediators, insbesondere seine Offenlegungspflichten und Tätigkeitsverbote. Ausreichend konkretisiert sind die geregelten Inhalte nicht. Bezüglich des Bedeutungsgehalts der allesamt auslegungsbedürftigen<sup>108</sup> Prinzipien und Kriterien sind Verwender auf die Gesetzesmaterialien, einschlägigen

---

<sup>102</sup> Diese Regelungswerke seien häufig „praktisch erprobt und bewährt“, Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 51.

<sup>103</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 109.

<sup>104</sup> So noch Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 35; zum notwendigen Regelungsprogramm Nelle/Hacke, ZKM 2002, S. 257 ff.

<sup>105</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 2.

<sup>106</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 2; Eingreifen des „dispositiver Gesetzesvorschriften“: Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 12; insbesondere im Hinblick auf § 2 MediationsG: Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 21; Fehrenbach, in: BeckOGK, § 307, Rn. 30.

<sup>107</sup> „faktisch keine gesetzlichen Vorgaben“, Risse, in: BeckFormB BHW, XII., 10., Rn. 1.

<sup>108</sup> „konturenlos“, Risse, SchiedsVZ 2012, S. 244, 245.

Kommentare und die Materialien der Mediationsrichtlinie angewiesen. Rechtsprechung zum Bedeutungsgehalt des Mediationsgesetzes gibt es bisher nur sehr wenig, sodass hinsichtlich vieler Detailfragen rechtliche Unsicherheit besteht.<sup>109</sup>

Zahlreiche Fragen im Umgang mit Mediationsklauseln lässt das Mediationsgesetz gänzlich unbeantwortet. Dazu gehören etwa die Auswirkungen von Mediationsvereinbarungen auf rechtsschützende Verfahren, der Umgang mit gesetzlichen und vertraglichen Ausschlussfristen oder Fragen der Verjährung. Auch enthält das Mediationsgesetz keine expliziten Regelungen zu den Kosten einer Mediation, zur Einleitung und Beendigung des Verfahrens oder eine Regelung für den Fall des Scheiterns des Mediationsverfahrens. Nicht geregelt sind ferner die Ausgestaltung und der Ablauf des Mediationsverfahrens<sup>110</sup> sowie die Auswahl des Mediators. Auch sind keine expliziten Pflichten der Parteien genannt. Die Klärung dieser Aspekte wäre aus Gründen der Rechtssicherheit gerade im Wirtschaftsverkehr für Unternehmen vorteilhaft gewesen.

Der mediationsrechtliche „Laie“ steht also wie schon vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes vor der Frage, welche Absprachen schon im Vorfeld bei der Gestaltung der Mediationsklausel geregelt werden können und sollten. Vor diesem Hintergrund haben insbesondere die Verfahrensordnungen der institutionellen Anbieter immer noch eine wichtige ergänzende Funktion, da sie zahlreiche Regelungslücken des Mediationsgesetzes schließen und zugleich widerspiegeln, was professionelle Institutionen für regelungsbedürftig halten<sup>111</sup>. Hervorzuheben sind die (nicht im Mediationsgesetz geregelten) Regelungen der institutionellen Verfahrensordnungen zu den Auswirkungen von Mediationsvereinbarungen auf rechtsschützende Verfahren, zum Umgang mit gesetzlichen und vertraglichen Ausschlussfristen oder zur Verjährung. Ebenso enthalten sie differenzierte Regelungen zur Einleitung und Beendigung des Mediationsverfahrens sowie dessen Ausgestaltung und der Ablauf<sup>112</sup>, die Auswahl des Mediators und zur Kostentragung. Desweiteren enthalten Verfahrensordnungen regelmäßig noch Regelungen, die sich mit dem Mediationsgesetz überschneiden. Das sind etwa grundlegende Wesensmerkmale der Mediation oder die Rolle des Mediators.

---

<sup>109</sup> Regelungsbedarf sieht deshalb Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 2 f., 15.

<sup>110</sup> Risse, in: BeckFormB BHW, 10. Institutionsgebundene Mediationsklausel, Rn. 1.

<sup>111</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 3.

<sup>112</sup> Risse, in: BeckFormB BHW, 10. Institutionsgebundene Mediationsklausel, Rn. 1.

Der Sinn einiger in Verfahrensordnungen gängiger Regelungen erschließt sich erst angesichts der (umstrittenen) Rechtswirkungen von Mediationsklauseln, weshalb die entsprechenden Inhalte der Verfahrensordnungen bei den Rechtswirkungen erläutert werden. Unbestreitbar ist, dass vorformulierte Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen die Vertragsparteien bei der Gestaltung ihrer Absprachen entlasten können und eine wichtige ergänzende Funktion erfüllen.

## **2. (Rechtliche) Risiken und Vorteile bei der Verwendung von Verfahrensordnungen**

Institutionelle Regelungen können in Einzelfällen problematisch sein. Dass die Verfahrensordnungen das lückenhafte Mediationsgesetz ergänzen, heißt im Umkehrschluss auch nicht, dass Verfahrensordnungen alle regelungsbedürftigen Punkte umfassend regeln.<sup>113</sup> Das gilt insbesondere für Kosten- und Vertraulichkeitsregelungen.<sup>114</sup> Auch Verfahrensordnungen, deren Stand noch vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes liegt<sup>115</sup>, bergen die Gefahr, dass wichtige Fragen nicht der aktuellen Rechtslage entsprechend gelöst werden. Auch können die geregelten Inhalte trotz aller regelmäßig vorhandenen Mediationserfahrung rechtlich problematisch sein – entsprechende Hinweise sind in dieser Arbeit bei den besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen für einzelne Regelungsgegenstände zu finden.

Die Gefahr einer rechtlich bedenklichen Regelung in institutionellen Musterklauseln oder Verfahrensordnungen ist aber als eher gering einzuschätzen. Ebenso das Risiko, dass durch die vorzeitige Festlegung auf Verfahrensregeln die Verfahrensgestaltung zu inflexibel wird und damit das Verfahren negativ beeinflusst werden kann.<sup>116</sup> Ein festgelegter Verfahrensablauf hat eher zur Folge, dass zusätzliche Konflikte über Verfahrenseinzelheiten im ohnehin meist nicht konstruktiven Konfliktfall vermieden werden. Der Verweis auf eine Verfahrensordnung schafft Transparenz hinsichtlich des zu erwartenden Verfahrens<sup>117</sup> und entlastet die Parteien davon, zeitaufwendige Verhandlungen über Verfahrenseinzelheiten zu treffen. Selbst, wenn Regeln im Konfliktfall nicht mehr passend sind, ist das immer noch vorteilhafter als gar keine

---

<sup>113</sup> So aber Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 35; zum verbleibenden Gestaltungsbedarf nach Inkrafttreten des Mediationsgesetzes a.A. Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 53; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 2 ff.; Risse, in: BeckFormB BHW, XII., 10.

<sup>114</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 53.

<sup>115</sup> Z.B. Mediationsordnung des BMEV mit dem Stand 24.9.2011.

<sup>116</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 109.

<sup>117</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 51.

Regelung zu treffen.<sup>118</sup> Gerade bei präventiven Mediationsvereinbarungen besteht sonst die Gefahr, dass Regelungsbedarf übersehen wird und dann wichtige Verfahrensregeln ganz unvereinbar bleiben.<sup>119</sup> Außerdem halten viele Parteien Verfahrensordnungen Dritter für neutraler als eine von einer Partei vorgelegte Vereinbarung.<sup>120</sup> Stammen Verfahrensregeln aus der Feder des Verwenders, begegnet ihnen leicht der Vorwurf, für den Verwender begünstigend zu sein, was eine Einigung erschwert. Die Verwendung von Musterverfahrensordnungen kann es den Parteien auch leichter machen, sich überhaupt auf ein alternatives Streitbeilegungsverfahren zu einigen.<sup>121</sup>

Darüber hinaus sind die Kosten einer individuellen Aushandlung von Verfahrensregeln häufig höher als der von maßgeschneiderten Mediationsregelungen zu erwartende Nutzen.<sup>122</sup>

Für manche Vertragsparteien kann die individuelle Aushandlung umfassender Regeln für den Konfliktfall auch befremdlich sein, da die Parteien sich zu diesem Zeitpunkt oftmals eine wenig rechtsförmliche Behandlung wünschen. Auch hier kann die Übernahme vorformulierter bestehender Regelungen sinnvoll sein.<sup>123</sup> Darüber hinaus haben individuell ausgehandelte Verfahrensvorschriften den Nachteil, dass sich mangels Erfahrungen mit ihrer Verwendung keine Routine herausbilden kann.<sup>124</sup> Im Umgang mit Streitbeilegungsklauseln können Musterklauseln und Verfahrensordnungen überdies als Vorlage und Orientierung bei der Klauselgestaltung dienen, um auf deren Basis individuelle Anpassungen vorzunehmen.<sup>125</sup> Gerade bei erfahrenen Vertragspartnern ist insofern die Sorge, der vorgegebene Text entfalte häufig eine „Macht des Faktischen“<sup>126</sup>, unbegründet.

---

<sup>118</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 110, der fehlende Passgenauigkeit in Kauf nehmen will und auf Erfahrungen im Zusammenhang mit Schiedsvereinbarungen verweist: Wenn ein Verweis auf eine Schiedsordnung unterbleibe, unterbleibe eine detaillierte Verfahrensregelung in der Regel ganz.

<sup>119</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 54; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 110, der auf Erfahrungen im Zusammenhang mit Schiedsvereinbarungen verweist: Wenn ein Verweis auf eine Schiedsordnung unterbleibe, unterbleibt eine detaillierte Verfahrensregelung in der Regel ganz.

<sup>120</sup> Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 386; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 51.

<sup>121</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 109.

<sup>122</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 62.

<sup>123</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 35.

<sup>124</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 62; Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 4, Rn. 17.

<sup>125</sup> Diese Möglichkeit ist teilweise in den Verfahrensordnungen ausdrücklich formuliert, z.B. § 1 Abs. 3 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>126</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 109.

### 3. Verweis auf die Verfahrensordnung in der Mediationsklausel

Verfahrensordnungen werden durch den Verweis in der Mediationsklausel zu deren Inhalt und damit Bestandteil der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung.<sup>127</sup> Damit gelten sie für beide Vertragsparteien und unterliegen ebenso wie Mediationsklauseln der rechtlichen Kontrolle. Gegebenenfalls weicht die Fassung der Verfahrensordnung zum Zeitpunkt der Einleitung des Mediationsverfahrens von der Fassung bei Vereinbarung des Mediationsverfahrens in der Mediationsklausel ab. In einigen Verfahrensordnungen ist daher vorgesehen, dass bei Beginn der Mediation die aktuelle Fassung Anwendung findet.<sup>128</sup> Ist das nicht geregelt und haben die Parteien keine Vereinbarung dazu getroffen, ist wie bei der parallelen Problematik im Schiedsgerichtsverfahrensrecht von einer „dynamischen Verweisung“ auszugehen, d.h. dass grundsätzlich die aktuelle Fassung der Verfahrensordnung bei Verfahrenseinleitung gilt.<sup>129</sup> Ausgenommen sind unabsehbare grundlegende Änderungen, weil bei diesen nicht angenommen werden kann, dass diese noch dem Parteiinteresse entsprechen. Besonders relevant ist dieses Problem in der Praxis nicht, da nicht anzunehmen ist, dass die institutionellen Anbieter seit Inkrafttreten des Mediationsgesetzes gravierende Änderungen vornehmen werden. Relevante Gesetzesänderungen hat es bisher kaum gegeben. Einzig die Einführung des § 309 Nr. 14 BGB, der gegenüber Verbrauchern einen Vereinbarungen zur Beschränkung des Rechtsschutzes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen untersagt, hat wegen des regelmäßig in Mediationsklauseln vereinbarten Klagbarkeitsausschlusses eine Bedeutung. Außerdem haben die Parteien bei Eintritt des Konflikts immer noch die Wahl, ob sie das Mediationsverfahren nach den aktuellen Regeln der jeweiligen Verfahrensordnung durchführen wollen, sodass keine Gefahr besteht, dass den Parteien ungewollte massive Änderungen aufgedrängt werden. In der Regel ist der Verweis auf die Verfahrensordnung aber dynamisch ausgestaltet, das heißt, es wird auf die Verfahrensordnung in der zum Verwendungszeitpunkt geltenden Fassung verwiesen.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 63.

<sup>128</sup> Zum Beispiel § 1 Abs. 2 BMWA-Verfahrensordnung.

<sup>129</sup> So für die Bezugnahme auf Schiedsordnungen: Münch, in: MüKoZPO, Bd.3, § 1042, Rn. 90; ebenso für Mediationsklauseln Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 32.

<sup>130</sup> Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 77, der bei Verbraucherverträgen bzw. in AGB eine statische Verweisung empfiehlt.

### III. Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung von Unternehmen

Der Aufnahme einer Mediationsklausel in einen Vertrag oder in Allgemeine Geschäftsbedingungen gehen idealerweise eine Reihe von Überlegungen bei Vertragsschluss voraus. Bei der Frage, ob eine Streitbeilegungsklausel in einen gemeinsamen Vertrag oder in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen wird, steht der Nutzen und eventueller Risiken solcher Klauseln im Vordergrund, der dann mit dem erforderlichen Aufwand bei der Gestaltung und möglichen Risiken abzugleichen ist. Die Aufnahme einer Mediationsklausel in Unternehmerverträge oder Unternehmer-AGB ist schließlich nur dann sinnvoll, wenn das Mediationsverfahren auch das „richtige“ oder zumindest ein geeignetes Verfahren darstellt. Wenn schließlich die Entscheidung für eine Mediationsklausel gefallen ist, stellt sich die Frage, wie die Mediationsklausel bei B2B-Vertragsverhältnissen eingesetzt werden können.

#### 1. Nutzen und Risiken präventiver Streitbeilegungsklauseln

Präventive Streitbeilegungsklauseln sollen einen reibungslosen Beginn des vereinbarten Verfahrens sicherstellen.<sup>131</sup> Unternehmen wollen in der Regel Gewinne erzielen und unnötige Kosten vermeiden. Die meisten Konflikte zwischen Unternehmen bergen ein Kostenrisiko. Der Konflikt kann unmittelbar Geschäftsabläufe und Vertragsabwicklungen zwischen den Unternehmen stören oder diese zum Stillstand bringen. Auch die Geschäftsbeziehung kann nachhaltig geschädigt werden, was sich wiederum negativ auf künftige Geschäfte auswirken kann. Die Konfliktbearbeitung ist außerdem mit Kosten verbunden, die sich vervielfachen, wenn sich die Konfliktbearbeitung hinzieht oder ein Verfahren nicht den erhofften Effekt der Streitbeilegung erbracht hat. Unternehmen ist daher in der Regel daran gelegen, Konflikte zu vermeiden, bewusst Konflikte auszutragen, die das Unternehmen weiterentwickeln, und unvermeidliche Konflikte möglichst effizient beizulegen.<sup>132</sup>

Streitbeilegungsklauseln führen dazu, dass unvermeidliche Konflikte schnell einem Konfliktlösungsverfahren zugeführt werden. Im Vorfeld des Konflikts und bei Vertragsverhandlungen sind die Parteien konstruktiver und offener für konsensuale Lösungen, während nach Verhärtung der Fronten die Bereitschaft, sich auf ein alternatives Verfahren einzulassen, geschweige denn umfassende Verfahrens- und Verhaltensregeln festzulegen, deutlich sinken kann<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Ade/Alexander, 4. Teil, Rn. 406.

<sup>132</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, II., Rn. 2.

<sup>133</sup> Unberath, in: Greger/Unberath, MediationsG, Teil 1 Einl., Rn. 86; Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 71; v.Hardenberg, RIW, S. 25, 26.

Aber auch wenn die Parteien grundsätzlich bereit sind, ein alternatives Verfahren durchzuführen, kann es passieren, dass beide Parteien im Konfliktfall nicht mehr in der Lage sind, sich auf ein Verfahren und dessen Ablauf und Ausgestaltung zu einigen – selbst wenn die Erkenntnis besteht, dass sich ein Gerichtsverfahren nachteilig auswirken kann. Dann entsteht schnell ein weiterer Konflikt über den eigentlichen Konflikt hinaus, der sich oft nicht nur zeitlich, sondern auch finanziell auswirkt. Ist dagegen das Verfahren bereits zu „Friedenszeiten“ vereinbart, müssen sich die Parteien im Streitfall darüber nicht einigen. Die Einigung auf ein Mediationsverfahren im entstandenen Konflikt dürfte schwerer fallen als eine vorsorgliche Vereinbarung zur Lösung eines noch fernen, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für möglich, aber doch unwahrscheinlich gehaltenen Konflikts.<sup>134</sup> Eine vorsorgliche Streitvereinbarung spart damit Zeit, Kosten, Aufwand und beugt Fehlentscheidungen vor.<sup>135</sup>

Das belegt auch eine langjährige und breit angelegte deutsche Studie zum Konfliktmanagement in Unternehmen. In dieser gaben Unternehmen als zweithäufigsten Grund für die Nutzung außergerichtlicher Verfahren neben der Unternehmensphilosophie an, dass das Verfahren vertraglich vorgesehen war, zum Beispiel durch Schieds- oder Mediationsklauseln.<sup>136</sup> Die Verfasser ziehen daraus den Schluss, dass weit im Vorfeld eines konkreten Konflikts getroffene strukturelle Maßnahmen wie präventive Streitbeilegungsklauseln einen wesentlich größeren Einfluss auf die Bereitschaft zur Nutzung außergerichtlicher Verfahren im Konfliktfall haben als Argumente der gegnerischen Seite oder der eigenen Berater.<sup>137</sup>

Ohne eine vorsorgliche Vereinbarung kann die Initiierung des Mediationsverfahrens als deutlicher Einschnitt in der Auseinandersetzung wahrgenommen und daher häufig hinausgezögert oder ganz unterlassen werden.<sup>138</sup> Darüber hinaus entbindet eine vorab getroffene Vereinbarung beide Parteien von der immer noch existierenden Hemmung, im Konfliktfall eine Mediation oder ein anderes alternatives Verfahren vorzuschlagen. Die Durchführung eines Mediationsverfahrens scheitert gerade in Wirtschaftskonflikten häufig an der strategischen Erwägung, dass der Vorschlag eines Mediationsverfahrens in Deutschland immer noch als Nachgiebigkeit und Schwäche ausgelegt wird.<sup>139</sup> Viele Konfliktparteien möchten im Konfliktfall keine

---

<sup>134</sup> Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 71.

<sup>135</sup> Greger/v. Münchhausen, § 2 Rn. 8, § 3, Rn. 59.

<sup>136</sup> PWC/EUV, Commercial Dispute Resolution, 2005, S. 12.

<sup>137</sup> So die Verfasser der Studie, PWC/EUV, Commercial Dispute Resolution, 2005, S. 12.

<sup>138</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 37.

<sup>139</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 328, darauf wies schon Kraft im Jahre 2000 hin, VersR 2000, S. 935.



Mediation vorschlagen, weil sie das als Gesichtsverlust erleben. Gerade in externen Konflikten zwischen Unternehmen scheitert ein Mediationsverfahren häufig an solchen strategischen Überlegungen.<sup>140</sup> In der Phase des Vertragsschlusses wird der Vorschlag einer Mediation dagegen seltener negativ hinterfragt.<sup>141</sup> Solange sich die Vertragsparteien noch verstehen, ist die Sorge um einen solchen „Gesichtsverlust“ meist nicht vorhanden und das gegenseitige Vertrauen überwiegt. Tritt dann der Konflikt ein, kann sich die Partei auf die Verbindlichkeit der Mediationsklausel berufen, was die Einleitung des Verfahrens erleichtert.<sup>142</sup> Im konstruktiven Klima des Vertragsschlusses ist eine Einigung über Modalitäten des Mediationsverfahrens häufig einfacher als im Konfliktfall. Hier kann die Kommunikation zwischen den Parteien so gestört sein, dass selbst eine Einigung auf der Verfahrensebene nur noch schwer zu erreichen ist.<sup>143</sup> Die frühzeitige Festlegung auf Verfahrensmodalitäten bietet den Vorteil, dass sich die Konfliktparteien im Konfliktfall nicht auf diese einigen müssen, und begegnet so der Gefahr von Verzögerungen, Verhärtungen der Fronten oder sogar das Scheitern des Einigungsversuchs.<sup>144</sup> Dadurch wird Planungssicherheit geschaffen und die Akzeptanz der Vertragspartner für die Mediationsklausel erhöht.<sup>145</sup>

Bisweilen wird der Sinn von Mediationsklauseln bezweifelt, da Vertragsparteien das Mediationsverfahren auch gleich nach dessen Beginn wegen § 2 MediationsG abbrechen können. Das macht Mediationsklauseln aber noch nicht zu einer „bloßen Förmerei“, wie in der Rechtsprechung vereinzelt vertreten wurde.<sup>146</sup> Denn ungeachtet der Frage, inwieweit Mediationsklauseln eine rechtsverpflichtende Wirkung haben, haben sie zumindest den psychologischen Effekt, dass sich Parteien durch die gemeinsame Erklärung gebunden fühlen und schaffen so die Basis, sich gemeinsam auf das Mediationsverfahren einzulassen.<sup>147</sup> Klauseln zur alternativen Streitbeilegung bieten nicht nur eine Perspektive für den Konfliktfall, sondern leisten darüber hinaus auch präventive Konfliktvorsorge psychologischer Natur. Präventive Vereinbarungen zeigen den Vertragsparteien auf, dass die Entstehung eines Konflikts möglich und sogar Teil

---

<sup>140</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 328.

<sup>141</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 332; Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 460.

<sup>142</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 27.

<sup>143</sup> Risse/Wagner, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 23, Rn. 61 f.

<sup>144</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MediationsG, Rn. 157.

<sup>145</sup> Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 366.

<sup>146</sup> LG Heilbronn, Urteil vom 10.09.2010 – 4 O 259/09, Rn. 17, ZKM 2011, 29: Das Gericht wertete eine ausdrückliche Mediationsklausel, nach der vor Klageerhebung eine Wirtschaftsmediation durchzuführen war, angesichts der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit des Mediationsverfahrens als „sinn- und gegenstandslos“.

<sup>147</sup> „disziplinierende Funktion“, Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 460.

der wirtschaftlichen Realität sind, was Vertragspartner häufig bei den Vertragsverhandlungen vergessen. Das nimmt später entstehenden Konflikten ihr Überraschungspotential.<sup>148</sup> Die Verschlechterung bestimmter Geschäftsabläufe und das Entstehen von Konflikten werden nicht als Teil einer Konflikteskalation, sondern des Vorhergesehenen und Geplanten gedeutet, so dass die Vertragsparteien gelassener reagieren.<sup>149</sup> Dabei könnten gerade Mediationsklauseln eine deeskalierende Wirkung entfalten, indem sie den Parteien im Konfliktfall in Erinnerung rufen, dass es zwischen der zunächst gescheiterten Verhandlungslösung und der Konfliktdelegation an das Gericht noch einen Mittelweg gibt, nämlich die Einschaltung eines unabhängigen Mediators.<sup>150</sup> Möglicherweise kann diese Erinnerung sogar dazu führen, dass die Vertragsparteien sensibilisierter für aufkeimende Konflikte innerhalb ihrer Geschäftsbeziehung sind bzw. einen bewussteren Umgang damit entwickeln. Auf der anderen Seite können Unstimmigkeiten schon bezüglich der Aufnahme einer Mediationsklausel im sonst regelmäßig konstruktiven Klima des Vertragsschlusses darauf hindeuten, dass ein Vertragspartner auch im Konflikt weniger kooperativ sein wird.

Schließlich können vertragliche Mediationsklauseln neben Konzernrichtlinien, freiwilligen Selbstverpflichtungen/Corporate Pledge und Konfliktmanagementverträgen einen Beitrag zur Etablierung des Mediationsverfahrens im wirtschaftlichen Kontext leisten.<sup>151</sup> Durch den zunehmenden Einsatz solcher Klauseln wird die theoretische und praktische Auseinandersetzung von Unternehmen mit dem Mediationsverfahren gefördert.

Befürchtet wird teilweise, dass Mediationsklauseln Anreize für Vertragsbrüche schaffen, da bei Vertragsbrüchen darauf spekuliert werden könnte, dass bei Konflikten statt eines Gerichtsverfahrens „nur“ ein gegenüber dem Gerichtsverfahren milderes Mediationsverfahren drohe. Damit werde der Vertragsbruch potentiell billiger und falle unter Umständen preiswerter aus als der Schaden, den die vertragsbrüchige Partei verursacht.<sup>152</sup> Zu recht wird aber darauf hingewiesen, dass dieses Risiko, wenn sich beide Parteien im Wege einer Mediationsklausel gemeinsam bei Vertragsschluss auf diese Lösung geeinigt haben, immer noch geringer sei, als

---

<sup>148</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 336.

<sup>149</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 336.

<sup>150</sup> Schmitz-Vornmoor zu Mediationsklauseln in notariellen Verträgen, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, M., Rn. 59.

<sup>151</sup> Klowait/Hill, SchiedsVZ 2007, S. 83, 85.

<sup>152</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 334 mit Verweis auf Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht, S. 7.

wenn nur eine Partei erwarte, dass ein Mediationsverfahren ohne eine solche Klausel durchgeführt werde. Denn bei der vorherigen Verständigung könnten die Parteien dieses Risiko in ihre Erwägungen miteinbeziehen, was voraussetzt, dass die Parteien um die Wirkung wissen.<sup>153</sup>

## **2. Mediationsklauseln zwischen Unternehmen?**

Ein wirkungsvolles präventives Konfliktmanagement setzt die Wahl einer passenden Streitbeilegungsklausel voraus, was notwendigerweise mit der Frage nach dem passenden alternativen Streitbeilegungsverfahren verknüpft ist.

Ob und wann Mediation das richtige Verfahren für Konflikte zwischen Unternehmen ist, kann nicht pauschal beantwortet werden. Bei den alternativen Streitbeilegungsverfahren haben Unternehmen die Wahl: Neben den etablierten Verfahren wie Schiedsgerichtsverfahren, Schlichtung, Schiedsgutachtenverfahren, Adjudikation und Mediation sind in den letzten Jahren zahlreiche Mischformen, Verfahrenskombinationen und Ausdifferenzierungen wie Clearingstellen und neuere Schieds- und Schlichtungsverfahren wie Shuttle-Schlichtung, Adjudikation, Mini Trial, Early Neutral Evaluation und Online-Schlichtung<sup>154</sup> entstanden, die ebenso von den Vertragsparteien vereinbart werden können. Mediationsklauseln sind nur eine Variante präventiver Vereinbarungen in Verträgen, die ein alternatives drittunterstütztes Verfahren zum staatlichen Gerichtsverfahren vorsehen und als alternative Konfliktlösungsklauseln (AKL-Klauseln<sup>155</sup>) oder – abgeleitet von „Alternativ Dispute Resolution“ – als ADR-Klauseln bezeichnet werden.<sup>156</sup> Neben Mediationsklauseln sind also auch noch Schlichtungs-, Schiedsgutachten- und Schiedsklauseln Adjudikations- und Eskalationsklauseln, Konfliktklärungsklauseln oder sonstige Mischformen denkbar.

---

<sup>153</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 334.

<sup>154</sup> So die Aufzählung des Gesetzgebers in BT-Drs.: 17/5335, S. 11; zusammenfassende Darstellung der verschiedenen alternativen Konfliktbeilegungsverfahren bei Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, I. Andere Verfahren, Rn. 1 ff.

<sup>155</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Einl.A., Rn. 1.

<sup>156</sup> So auch Hacke, ADR-Vertrag, S. 27, der dies als gemeinsamen Nenner der gängigsten Definitionsversuche (siehe dort Fn. 57) zusammengefasst hat; anders Stubbe, der unter dem Oberbegriff ADR alle Verfahren versteht, die geeignet sind, nach endgültiger gescheiterter Verhandlung ein Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren zu vermeiden, SchiedsVZ 2009, S. 321, 322.

Unternehmen sind regelmäßig an einer nachhaltigen, schnellen und kostengünstigen Konfliktlösung interessiert, die Spielräume hinsichtlich der Lösungsfindung belässt und einen vertraulichen Rahmen bietet.<sup>157</sup> Bei der Auswahl des Verfahrens gilt es also zunächst, sich die jeweiligen Verfahrensbesonderheiten vor Augen zu führen. Vielen Mitarbeitern und Entscheidern in Unternehmen mangelt es neben praktischen Erfahrungen auch an ausreichenden Kenntnissen über ADR-Verfahren.<sup>158</sup> Trotz steigender Popularität des Mediationsverfahrens existiert beispielsweise die (falsche) Vorstellung, dass sich die Parteien dem Vorschlag des Mediators anschließen müssten und alternative Verfahren immer im Kompromiss endeten.<sup>159</sup>

Falsche Vorstellungen über das Mediationsverfahren können die Aufnahme einer Mediationsklausel behindern, obwohl im Mediationsverfahren der Konflikt möglicherweise am effizientesten beigelegt werden kann. Wenn derjenige, der über das Konfliktbeilegungsverfahren entscheidet, die Vielzahl der möglichen Verfahren oder deren Unterschiede nicht kennt oder nur Erfahrungen mit den traditionellen Konfliktbeilegungsmethoden hat, wird er immer nur bekannte Verfahren wählen.<sup>160</sup> Neben den Besonderheiten des Mediationsverfahrens können auch konflikt- bzw. interessenorientierte Kriterien zur Bestimmung des „richtigen“ Verfahrens herangezogen werden.

#### **a) Besonderheiten des Mediationsverfahrens im Vergleich zu anderen alternativen Streitbeilegungsverfahren**

Wesentliche Kriterien zur Unterscheidung der einzelnen Streitbeilegungsverfahren sind das Ausmaß der Entscheidungsbefugnis des Dritten sowie die Verantwortung der Parteien für die Lösungsfindung, das Ausmaß der Verfahrensgestaltungsfreiheit und die Ausrichtung des Verfahrens auf Interessen oder (Rechts-)Positionen.

##### ***1) Interessenorientierung des Mediationsverfahrens***

Die einvernehmliche und interessenbasierte Konfliktbeilegung durch die Konfliktparteien selbst unterscheidet die Mediation in besonderem Maße von anderen Verfahren der Konflikt-

---

<sup>157</sup> So die Einschätzung von Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., III., Rn. 12.

<sup>158</sup> PWC/EUV, Praxis des Konfliktmanagements, 2007, S. 7.

<sup>159</sup> PWC/EUV, Praxis des Konfliktmanagements, 2007, S. 13.

<sup>160</sup> Hagel/Steinbrecher, in: Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, S. 54.

beilegung, in denen regelmäßig ein entscheidungsbefugter Dritter aufgrund rechtlicher Erwägungen eine Lösung vorgibt (Gerichtsverfahren/Schiedsgerichtsverfahren<sup>161</sup>) bzw. einen Lösungsvorschlag macht (Schlichtung)<sup>162</sup>. Der Mediator unterstützt die Parteien lediglich bei einer eigenverantwortlichen Lösungsfindung und führt diese durch das Mediationsverfahren, ohne selbst eine Lösung vorzugeben. Die Autonomie über das *ob* und *wie* des Mediationsverfahrens liegt bei den Parteien und reicht von der Einleitung bis zur Beendigung des Verfahrens.<sup>163</sup> Um zu einer für alle Parteien befriedigenden Lösung zu gelangen, orientiert sich die Mediation anders als die Schlichtung und das Schiedsgerichtsverfahren nicht an (Rechts-)Positionen, sondern fragt nach den hinter den Positionen liegenden Bedürfnissen, in der Mediation Interessen genannt.<sup>164</sup> Durch eine Klärung der Interessen der Parteien gelangen die Konfliktparteien mithilfe des Mediators wieder in einen gemeinsamen Kommunikationsprozess, in dem die Parteien unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen mithilfe verschiedener Techniken eine Lösung für ihren Konflikt entwickeln. So können durch ein Mediationsverfahren Win/Win-Lösungen gefunden werden, die auf gerichtlichem Weg oder durch reine Berücksichtigung von Rechtspositionen häufig nicht möglich gewesen wären.<sup>165</sup> Die über den Weg der Interessenklärung gefundenen Lösungen werden in der Regel von den Konfliktparteien als sehr befriedend erlebt, was die Chancen einer nachhaltig wirkenden Konfliktlösung erhöht.<sup>166</sup> Die Einigungsquote in Mediationsverfahren liegt bei 70 bis 90 %.<sup>167</sup> Die Rechtssicherheit der gefundenen Lösung kann herbeigeführt werden, indem die Parteien die Lösung in einem Vergleichsvertrag gemäß § 779 Abs. 1 BGB festlegen.<sup>168</sup> Gerade bei persönlichen, langen Geschäftsbeziehungen erzielen interessenbasierte und auf Eigenverantwortlichkeit zielende Ansätze häufig bessere, als befriedigend erlebte Ergebnisse, als rein rechtsbasierte, von außen vorgegebene Entscheidungen.<sup>169</sup>

Durch die Interessenorientierung ist die Bandbreite und die Gestaltung möglicher Lösungen beim Mediationsverfahren deutlich höher als bei rechtsorientierten Verfahren, sodass häufig

---

<sup>161</sup> Der Schiedsrichter entscheidet den Streit durch bindenden (§ 1055 ZPO) und vollstreckbaren (§ 1060) Schiedsspruch. Der Schiedsspruch wirkt wie ein rechtskräftiges gerichtliches Urteil.

<sup>162</sup> Dazu ausführlich Lemcke, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, Andere Verfahren IV., Rn. 5 ff.

<sup>163</sup> Hinrichs, in: Hinrichs, Praxishandbuch MediationsG, S. 43, Rn. 73.

<sup>164</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 167 ff.

<sup>165</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., III., Rn. 13.

<sup>166</sup> Ausführlich Trenczek, in: Trenczek/Berning/Lenz/Will, 1.1.3.4, Rn. 51 ff.

<sup>167</sup> Dazu Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 64; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Kap. 3 Rn. 14: 75 %; zu Erfolgsquoten der Mediation: Steffek, ZEuP 2013, S. 528.

<sup>168</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn. 295; Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 1, Rn. 83, 85.

<sup>169</sup> Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 4.

für jeden Konfliktfall eine individuelle und adäquate Lösung gefunden werden kann. Anders als bei gerichtlichen Verfahren ermöglicht die Mediation insbesondere eine Gestaltung der gemeinsamen oder getrennten Zukunft.<sup>170</sup>

Konflikte zwischen Unternehmen sind allerdings häufig – wenn auch nicht zwingend – stark rechtlich und von finanziellen Motiven geprägt.<sup>171</sup> Darüber hinaus sind häufig neben Einzelpersonen auch Anwälte oder sogar ganze Rechtsabteilungen an dem Konflikt beteiligt. Trotz ihrer grundsätzlichen Ausrichtung auf Interessen schließt die Mediation eine Berücksichtigung rechtlicher und finanzieller Faktoren keineswegs aus<sup>172</sup> – diese werden insbesondere bei der Bewertung und Auswahl entwickelter Lösungsideen im Mediationsverfahren berücksichtigt und fließen in die Lösung mit ein. Darüber hinaus ist auch der Einsatz eines juristisch geschulten Mediators und die Integration der Rechtsanwälte als Parteivertreter in das Mediationsverfahren bei stark rechtlich geprägten Konflikten möglich<sup>173</sup>, die die Mediation entsprechend begleiten können. Überdies sollte nicht unterschätzt werden, dass auch vermeintlich um Rechtspositionen kreisende Wirtschaftskonflikte letztlich geprägt von den Emotionen der beteiligten Entscheidungsträger sind, wie verletzte Eitelkeiten, Rachegefühle, Machtspiele und Neid<sup>174</sup> oder diese sogar der eigentliche Grund für den Konflikt sind. Die Ausrichtung auf einen konstruktiven, zukunftsorientierten Verständigungsprozess schließt auch nicht aus, dass auch die Bewältigung der Vergangenheit bzw. die Verteilung nicht zu vermehrender Ressourcen zum Gegenstand einer Mediation gemacht werden kann. Auch hier setzen Unternehmen die Mediation erfolgreich ein.<sup>175</sup>

Aufgrund der Eigenverantwortung der Parteien birgt die Mediation anders als auf eine Entscheidung angelegte Verfahren dennoch das Restrisiko eines ergebnislosen Verfahrensausgangs. Auch wer eine klare rechtlich-basierte Entscheidung oder gerichtliche Eilanordnung sucht, ist mit einem gerichtlichen Verfahren besser beraten. Nicht zu leugnen ist außerdem, dass auch der wesentliche Vorzug der Mediation, die offene Kommunikation, gewisse Risiken birgt. Unlautere Parteien können die Mediation nutzen, um für einen späteren Gerichtsprozess Informationen zu sammeln.<sup>176</sup>

---

<sup>170</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 304.

<sup>171</sup> Häufig ist daher die einzige Alternative zum Mediationsverfahren das gerichtliche oder schiedsgerichtliche Verfahren, Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 1, Rn. 83.

<sup>172</sup> Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 1, Rn. 80.

<sup>173</sup> Dazu Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 1, Rn. 83, 85.

<sup>174</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 306.

<sup>175</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 3, 2., Rn. 5.

<sup>176</sup> Risse, NJW 2000, S. 1614, 1620.

## **2) Verfahrensstruktur und Gestaltungsspielräume der Parteien**

Das Mediationsverfahren folgt einer festen Struktur und durchläuft verschiedene, in ihrer Reihenfolge zwingende Phasen. Innerhalb dieses vorgegebenen strukturellen Rahmens und den Vorgaben des Mediationsgesetzes haben die Parteien anders als bei (schieds-) gerichtlichen Verfahren, viel Gestaltungsspielraum auf der Verfahrensebene. Sie können mit dem Mediator beispielsweise ihren Bedürfnissen entsprechende Regelungen zur Vertraulichkeit, zum Ablauf, der Dauer, der Häufigkeit und den Umgangsregeln festlegen. Insbesondere ist die Vertraulichkeit ein Vorteil des Mediationsverfahrens gegenüber dem grundsätzlich öffentlichen Gerichtsverfahren. Der große Gestaltungsspielraum der Parteien bezüglich des Verfahrens kommt dem Bedürfnis vieler Unternehmen, Verfahren und Ergebnis der Konfliktlösung möglichst autonom mitgestalten zu können, entgegen.<sup>177</sup>

Das Mediationsverfahren ist darüber hinaus informeller, unbürokratischer, flexibler und schneller<sup>178</sup> als das Gerichtsverfahren und das Schiedsgerichtsverfahren. Auch bei sehr komplexen Konflikten kann die klare Struktur des Mediationsverfahrens und formelle Verhandlungsführung des Mediators und von großem Nutzen sein.<sup>179</sup> Aus dem gleichen Grund eignet sich das Mediationsverfahren auch besonders gut in emotional aufgeladenen Konflikten. Gerade in Branchen, in denen Konflikte ein Projekt vollständig lahmlegen und gefährden können oder sich die Beweislage ständig verändert, kann eine schnelle Konfliktlösung von überragender Bedeutung sein.<sup>180</sup> Das Mediationsverfahren eignet sich deshalb auch dann, wenn jede Verzögerung für die Geschäftsbeziehung schädlich wäre.<sup>181</sup> Durch feste Termine und einen übersichtlichen Zeitaufwand gewinnen die Parteien überdies mehr Planungssicherheit. Auch die enorme Bedeutung der Vertraulichkeit in der Mediation kommt Unternehmen in der Regel sehr entgegen. Als zentrales, wenn auch abdingbares<sup>182</sup> Merkmal der Mediation ist sie in § 1 Abs.1 MediationsG abgesichert und umfasst sowohl den Ausschluss der Öffentlichkeit als auch in einem gewissen Rahmen den vertraulichen Umgang mit Informationen.<sup>183</sup>

---

<sup>177</sup> Klowait/Hill, SchiedsVZ 2007, S. 83, 84.

<sup>178</sup> Dazu Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 304 f.; PWC/EUV, Praxis des Konfliktmanagements, 2007, S. 14: In Bezug auf die Verfahrensgestaltung weisen die Unternehmensvertreter auf die mangelnde Flexibilität und den großen Formalismus von Gerichtsverfahren hin, wodurch Hindernisse für die Einigung der Parteien hervorgerufen würden.

<sup>179</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 305.

<sup>180</sup> Etwa in der Baubranche, Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 305.

<sup>181</sup> Kraft, VersR 2000, S. 935.

<sup>182</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., III., Rn. 7.

<sup>183</sup> Zur Reichweite dieses Vertraulichkeitsschutzes siehe Teil 4, IV., 1.

Für die Mediation spricht schließlich auch ihre Offenheit für die Integration anderer Verfahren. So kann ohne Weiteres auch während der Mediation eine Experten-Frage beispielsweise in einem Schiedsgutachten geklärt und dann in das Mediationsverfahren eingebracht werden.<sup>184</sup> Anders als das Schiedsgerichtsverfahren schließt die Mediation gerichtliche Verfahren nicht grundsätzlich aus. Eine Entscheidung für eine Mediationsklausel erweitert damit nur den Kreis möglicher Konfliktlösungsversuche, während Schiedsklauseln letztlich zu einem „Weniger“ an Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung führen, sie nämlich auf die Entscheidung des Schiedsgerichts beschränken.<sup>185</sup> Im Zweifel empfiehlt sich eine Mediation auch deshalb, weil in dem Verfahren oft erst herausgefunden wird, mit welchen Methoden der Konflikt am besten gelöst werden kann.<sup>186</sup> Schließlich eignet sich das Mediationsverfahren auch bei grenzüberschreitenden Konflikten, da ausländische Gerichte schwerer zu erreichen sind und Vertragsparteien häufig eine Anwendung ausländischen Rechts vermeiden wollen.<sup>187</sup>

### **3) Kosten des Mediationsverfahrens**

Darüber hinaus hat ein isolierter Vergleich der Kosten der einzelnen Konfliktbeilegungsverfahren gezeigt, dass die Mediation bei Wirtschaftskonflikten das kostengünstigste Verfahren ist.<sup>188</sup> Durch jedes Konfliktbeilegungsverfahren entstehen unterschiedliche Kosten.<sup>189</sup> Das sind zum einen die Verfahrenskosten der mit dem Konflikt befassten Institution oder Person, zum Beispiel das Gericht, das Schiedsgericht, der Schlichter, der Mediator oder Schiedsrichter. Desweiteren die Beratungskosten, die durch Konfliktbegleitung entstehen, zum Beispiel durch Anwälte oder Unternehmensberater. Darüber hinaus entstehen Transaktionskosten wie Personal- und Reisekosten. Und zuletzt fallen Kosten in Form des entgangenen Nutzens an, die dadurch entstehen, dass Mitarbeiter während der Konfliktbearbeitung nicht gewinnbringend arbeiten können – so genannte „Opportunitätskosten“.<sup>190</sup> Die verschiedenen Streibeilegungsverfahren unterscheiden sich teilweise stark in den einzelnen Kostenfaktoren. Ein genereller

---

<sup>184</sup> Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz S. 56.

<sup>185</sup> Hacke, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, L., Rn. 10.

<sup>186</sup> Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz S. 56 m.w.N.

<sup>187</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 307.

<sup>188</sup> Ein exemplarischer und detaillierter Kostenvergleich findet sich bei Hagel, in: Trenczek/ Berning/Lenz/Will, 2.18.2, Rn. 8 ff.; ebenso eine Übersicht bei Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., III., Rn. 12.

<sup>189</sup> Die Kostenpositionen wurden übernommen von Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., III., Rn. 12.

<sup>190</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., III., Rn. 12.



Kostenvergleich der verschiedenen Streibeilegungsverfahren ist aber aufgrund der Vielzahl relevanter Faktoren unmöglich: Die Kosten des Gerichtsverfahrens variieren und sind u.a. abhängig vom Streitwert, dem Ausmaß benötigter Sachverständigengutachten, Anzahl der Instanzen.<sup>191</sup> Bei sehr geringen Streitwerten und ohne anwaltliche Begleitung kann ein gerichtliches Verfahren günstiger als ein Mediationsverfahren sein, z.B. wenn das Honorar des Mediators hoch ist und mehrere Sitzungen mit Reisekosten etc. anfallen. In der Regel sind die Kosten in Wirtschaftskonflikten durch hohen Streitwerte, die anwaltliche Begleitung und das Erfordernis von Sachverständigengutachten deutlich höher als die Kosten eines Mediationsverfahrens.<sup>192</sup> Aufgrund dieses Kostenvorteils der Mediation ist der Versuch einer Mediation selbst dann noch gerechtfertigt, wenn nur zwei Drittel der Fälle zu einer Einigung kommen.<sup>193</sup> Das gilt selbst dann, wenn nach gescheiterter Mediation noch ein Folgeverfahren durchgeführt wird.<sup>194</sup> Ist der Konflikt komplex und die Ausschöpfung des Instanzenzuges zu erwarten und/oder der Streitwert hoch, ist eine Mediation in jedem Fall günstiger als ein Gerichtsverfahren.<sup>195</sup>

Die Kosten des Schiedsgerichtsverfahrens sind abhängig von der gewählten Schiedsinstitution sowie der Anzahl der Schiedsrichter. Häufig kommen noch Raummieten sowie Kosten für Protokollierungen der Sitzungen sowie Beweisaufnahmen hinzu.<sup>196</sup>

Im Hinblick auf die Mediation gilt grundsätzlich, dass diese aufgrund ihrer relativ kurzen Dauer geringe Partei- und Opportunitätskosten hat. Auch die Verfahrenskosten sind überschaubar, da der Mediator in der Regel nach Zeit, nicht aber nach Streitwert bezahlt wird.<sup>197</sup>

Die Kosten der Mediation sind aber letztlich auch abhängig davon, ob sich die Konfliktparteien sich bei der Durchführung des Mediationsverfahrens durch eine Mediationsinstitutionen unterstützen lassen oder ein Mediator von den Konfliktparteien eigenständig beauftragt wird. Wird der Mediator von den Konfliktparteien selbst ausgewählt, fallen neben der Vergütung des Mediators (sowie ggf. eines Co-Mediators) ebenfalls Raummieten, die Kosten der Anreise sowie die Vergütung der bei Wirtschaftsmediationen üblichen Parteianwälte an.<sup>198</sup>

---

<sup>191</sup> Hagel, in: Trenczek/ Berning/Lenz/Will, 2.18.1, Rn. 4.

<sup>192</sup> Ein Rechenbeispiel liefert Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 6.

<sup>193</sup> Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 6.

<sup>194</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 305; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 5 ff., 67 ff.

<sup>195</sup> Kraft, VersR 2000, S. 935.

<sup>196</sup> Dazu ausführlich Hagel, in: Trenczek/ Berning/Lenz/Will, 2.18, Rn. 6.

<sup>197</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., III., Rn. 12.

<sup>198</sup> Hagel, in: Trenczek/ Berning/Lenz/Will, 2.18, Rn. 7.

Mögliche Institutionen sind zum Beispiel die Mediationsverbände oder Industrie- und Handelskammern. Diese übernehmen gegen eine Gebühr die Organisation und Abwicklung des Verfahrens, die Auswahl eines qualifizierten Mediators und sind Ansprechpartner in allen Belangen.<sup>199</sup> Eine solche institutionelle Mediation<sup>200</sup> wird durch einen „Mediationsorganisationsvertrag“<sup>201</sup> zwischen den Parteien und der Institution begründet. Durch die Verwendung institutioneller Muster allein verpflichten sich die Verwender allerdings nicht zu einem solchen Auftrag. Häufig sind die Musterklauseln und Musterverfahrensordnungen dieser Anbieter auch darauf zugeschnitten, dass das anbietende Institut die Mediation im Konfliktfall durchführt. In den Verfahrensordnungen finden sich dann explizite Regelungen, wie die Einleitung und Durchführung eines Mediationsverfahrens bei dieser Institution erfolgt. Die Beauftragung einer Institution kann in Konfliktphasen eine Entlastung der Parteien sein, da sich diese nicht über administrativ-organisatorische Angelegenheiten oder die Auswahl des Mediators einigen müssen. Gerade bei hohen Streitwerten fällt die Gebühr für diese Dienstleistung auch kaum ins Gewicht.<sup>202</sup> Allerdings unterscheiden sich die Gebühren mitunter erheblich.<sup>203</sup>

#### **b) Die Wahl des „richtigen“ Verfahrens: Konfliktbezogener und interessenorientierter Ansatz**

Bei der Entscheidung für eine Mediationsklausel reicht die Auseinandersetzung mit den Besonderheiten des Mediationsverfahrens allein noch nicht aus, um Konflikte effizient beizulegen. Welche Kriterien bei der Frage nach dem passenden Streitbeilegungsverfahren darüber hinaus anzulegen sind, wird in der Literatur seit über 20 Jahren diskutiert. Bei der Suche nach dem richtigen Verfahren kann zum einen ein konfliktorientierter Ansatz gewählt werden, das heißt, das „richtige“ Verfahren hängt vom zugrundeliegenden Konflikt ab. Nach dem konfliktorientierten<sup>204</sup> Ansatz wäre demnach zu überlegen, ob sich die Mediation für den noch in der Zukunft liegenden Konflikt eignet. Eine weitere Möglichkeit, das „richtige“ Verfahren zu ermitteln, ist, das Verfahren zu wählen, das den Parteiinteressen am ehesten entspricht, also

---

<sup>199</sup> Ausführlich zum Eucon Mediation Process Neuenhahn, ZKM 2013, S. 174 ff.

<sup>200</sup> Dazu ausführlich Unberath, in: Greger/Unberath, MediationsG, Teil 1, Rn. 48 ff.; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 107 ff.; zu den Vertragsverhältnissen bei der institutionellen Mediation: Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz S. 58 ff.

<sup>201</sup> Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 4, Rn. 11; ebenso Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 1, Rn. 60.

<sup>202</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 51; eine gut investierte Gebühr: Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 35.

<sup>203</sup> Vgl. dazu schon die Aufstellung bei von Hardenberg, RIW 2004, Beilage 1, S. 25, 28.

<sup>204</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 303.

ein interessenorientierter Ansatz.<sup>205</sup> Bei Mediationsklauseln ist ein interessenorientierter Ansatz regelmäßig angemessener. Das liegt in der Natur von Mediationsklauseln begründet. Bei ad hoc, d.h. nach Konfliktentstehung getroffenen Mediationsvereinbarungen kann eine konfliktorientierte Betrachtung Aufschluss durchaus Hinweise auf das richtige Verfahren geben. Denn es existiert bereits ein Konflikt, dessen Charakteristika untersucht werden können. Bei Mediationsklauseln als präventiven Mediationsvereinbarungen gerät der Ansatz aber häufig an Grenzen, da diese zu einem Zeitpunkt vereinbart werden, in dem es noch nicht zu einem Konflikt gekommen ist. Der potentielle Konflikt müsste angemessen prognostiziert werden, um zu einem passenden Verfahren zu gelangen. Das kann insbesondere in einer umfassenden Geschäftsbeziehung schwierig sein – zu viele unterschiedliche Konflikte sind theoretisch denkbar. Im Vorteil sind insofern Vertragspartner, die schon auf eine längere Geschäftsbeziehung zurückblicken können und bereits Konflikte miteinander hatten, die als Orientierung dienen können. Auch können branchenübliche Konflikte wertvolle Anhaltspunkte bieten. Ohne Anhaltspunkte fällt es den Vertragsparteien im positiven Klima des Vertragsschlusses möglicherweise schwer, eine Konfliktprognose abzugeben, da sich diese nicht vorstellen können, jemals miteinander in Konflikt zu geraten. Darüber hinaus sind Konfliktprognosen immer mit der Unsicherheit behaftet, dass das vorab gewählte Verfahren nicht mehr zum späteren Konflikt passt.<sup>206</sup>

Teilweise wird wegen des Risikos einer falschen Verfahrenswahl vorgeschlagen, auf Klauselvarianten zurückzugreifen, die das Verfahren offenlassen und die Entscheidung über das richtige Verfahren im Konfliktfall auf einen Dritten verlagern (Konfliktklärungsklauseln, Konfliktklärungsverfahren<sup>207</sup>). Insoweit wird angeführt, dass eine solche Konfliktklärungsklausel sinnvoller als eine starre Verpflichtung zu einer Mediation nach einer vorgegebenen Verfahrensordnung sei.<sup>208</sup> Richtig ist zwar, dass Konfliktklärungsverfahren das Risiko minimieren, ein falsches Verfahren zu wählen. Allerdings verkennt diese Ansicht die Potentiale des Mediationsverfahrens, das durch seine Flexibilität und zahlreichen Ausprägungen gerade in Wirtschaftskonflikten häufiger eingesetzt werden kann, als bisweilen angenommen wird. Außerdem ist

---

<sup>205</sup> Hagel/Steinbrecher, in: Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, S. 55 f.

<sup>206</sup> Unberath, in: Greger/Unberath, MediationsG, Teil 1 Einl., Rn. 87; „Starre der Verfahrenswahl“ Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 57; auch die DIS thematisiert das Problem, dem jeweiligen Konflikt das geeignete Streitbeilegungsverfahren zuzuordnen: Nach dem Vorwort der DIS- Konfliktmanagementordnung 10 (KMO) soll die Auswahl eines geeigneten Verfahrens sogar unmöglich sein.

<sup>207</sup> Dazu Unberath, in: Greger/Unberath, MediationsG, Teil 1 Einl., Rn. 88.

<sup>208</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 57.

zweifelhaft, ob sich der durch die im Konfliktfall anstehende Durchführung des Konfliktklärungsverfahrens entstehende zeitliche und finanzielle Aufwand lohnt. Denn das eigentliche Streitbeilegungsverfahren wäre im Anschluss an das Konfliktklärungsverfahren durchzuführen und zu bezahlen. Überdies ist der Umweg über eine Klärungsklausel auch vor dem Hintergrund unnötig, dass der Mediator in der Regel in der ersten Mediationssitzung die Geeignetheit des Mediationsverfahrens prüft und mit den Parteien erörtert.<sup>209</sup> Diese Prüfpflicht besteht während des gesamten Verfahrens, sodass der Mediator jederzeit Vorschläge für ein anderes Verfahren machen oder sogar andere Verfahren zur Klärung wichtiger Einzelfragen integrieren kann.<sup>210</sup>

Der gleichen Schwierigkeit begegnen allgemein gehaltene „ADR-Klauseln“, die das Verfahren bis zum Konfliktfall offen lassen. Sie bergen die Gefahr, dass die Parteien, die sich schon bei Vertragsschluss nicht auf ein Verfahren einigen konnten, das im Konfliktfall erst recht nicht schaffen. Auch ist eine Entscheidung unwahrscheinlich, weil die Parteien oft ein unterschiedliches Verständnis von ADR-Systematik und ADR-Verfahren haben.<sup>211</sup> Außerdem kann in diesen Fällen eine zu allgemein formulierte Klausel zu Unsicherheiten im Verfahrensablauf etc. führen.

Sind Vertragsparteien in der Lage, einen Konflikt zu prognostizieren, stellt sich die Frage, ob sich die Mediation für diesen Konflikt eignet. Hier zeigt sich ein weiterer Nachteil des konfliktorientierten Ansatzes: Er setzt voraus, dass es Verfahren gibt, die auf bestimmte Konflikte passen. Häufig ist zu lesen, dass sich das Mediationsverfahren bei stark rechtlichen Konflikten nicht eignet. Auch wird Unternehmen von einem Mediationsverfahren abgeraten, wenn ein öffentliches Interesse an der Rechtsdurchsetzung oder an einer Rechtsentwicklung besteht oder Öffentlichkeitswirkung gewollt ist, etwa bei wettbewerbsrechtlichen Fragen oder wenn eine abschreckende Sanktionierung oder eine Präzedenzentscheidung gewünscht ist.<sup>212</sup> Auch soll sich die Mediation weniger gut für Konflikte eignen, die rein technischer Natur sind und durch ein neutrales Sachverständigengutachten schnell und einfacher gelöst werden können.<sup>213</sup>

---

<sup>209</sup> Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 55.

<sup>210</sup> Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 55, z.B. ein bindendes Schiedsgutachten.

<sup>211</sup> Stubbe, SchiedsVZ 2009, S. 321, 325.

<sup>212</sup> Ausführlich Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 309; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 26.

<sup>213</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 26.

Als grobe Orientierung können solche Kriterien zwar dienen, allzu starre Kriterien empfehlen sich bei der Beurteilung der Mediationsfähigkeit von Konflikten allerdings nicht.<sup>214</sup> Andernfalls begrenzen sich die Unternehmen in ihren Möglichkeiten einer effizienten Konfliktbeilegung, da in der Vergangenheit auch viele anhand fester Kriterien als nicht mediationsfähig eingestufte Konflikte erfolgreich durch Mediation beigelegt werden konnten.<sup>215</sup> Umgekehrt ist auch das Mediationsverfahren nicht das Allheilmittel für Konflikte aller Art, da es letztlich kein alternatives Streitverfahren gibt, das sich für alle Konflikte gleichermaßen eignet<sup>216</sup>. Für eine umfassende Beurteilung, welches Verfahren das richtige ist, reicht die Betrachtung des Konfliktgegenstands ohnehin nicht aus. Durch eine konfliktorientierte Betrachtung allein erfahren die Parteien nicht, durch welches Verfahren sie ihre Interessen am besten durchsetzen können. Das ist insbesondere dann entscheidend, wenn mehrere Verfahren geeignet sind<sup>217</sup>, und ein Vorteil des interessenorientierten Ansatzes. Parteiinteressen können zum einen verfahrensbezogen (d.h. die Besonderheiten des Verfahrens als solches betreffend, wie zum Beispiel die Kosten, Dauer, Vertraulichkeit oder Struktur des Verfahrens), zum anderen ergebnisbezogen (d.h. an den Zielen der Parteien auf z.B. konsensuale Lösung, Ergebnisverantwortung der Parteien, Präzedenzentscheidung oder Durchsetzung einer Rechtsposition, ausgerichtet) sein.<sup>218</sup> Beide Interessen sind bei der Suche nach dem geeigneten Verfahren miteinzubeziehen und gegeneinander abzuwägen, sofern sich einzelne Aspekte nicht miteinander vereinbaren lassen. So ist beispielsweise die Ergebnisverantwortung der Parteien nicht mit einer einseitigen Durchsetzung von Rechtspositionen zu vereinbaren. Steht dieses Interesse im Vordergrund, ist das Mediationsverfahren nicht das geeignete Verfahren. Möglich ist auch, die ergebnisbezogenen Interessen höher zu gewichten, da eine Mediation nicht des Verfahrens wegen, sondern wegen des erreichbaren Ergebnisses durchgeführt wird.<sup>219</sup> Hier zeigt sich, dass der interessenorientierte Ansatz eine gute Kenntnis der Besonderheiten der infrage kommenden Verfahren erfordert, um einen Abgleich mit den Interessen der Parteien vornehmen zu können.

---

<sup>214</sup> So auch Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 302; ähnlich Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 4.

<sup>215</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 302.

<sup>216</sup> Darauf weist zu recht Hacke hin, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, L., II., Rn. 13.

<sup>217</sup> Hagel/Steinbrecher, in: Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, S. 56.

<sup>218</sup> Zu diesem in den USA bereits in den 90'er Jahren entwickelten Ansatz Hagel/Steinbrecher, in: Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, S. 56.

<sup>219</sup> Hagel/Steinbrecher, in: Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, S. 56, zu einer entsprechenden Entscheidung des Unternehmens Bombardier Transportation (Bombardier), das für B2B-Konflikte ein entsprechendes Konfliktmanagement-Programm entwickelt hat.

Bei Mediationsklauseln bleibt gleichwohl immer ein Restrisiko bestehen, dass sich das gewählte Verfahren im Nachhinein als ungeeignet erweist. Die Parteien haben im Konfliktfall aber die Möglichkeit, ihre Klausel einvernehmlich aufzuheben und sich für ein anderes Verfahren zu entscheiden. Das verursacht gegebenenfalls Kosten und ist je nach Art des Konfliktverfahrens auch mit mehr oder weniger Aufwand verbunden, sofern sich die Parteien nicht einig sind. Am einfachsten ist der Wechsel bei der Mediation, da diese jederzeit einseitig abgebrochen werden kann. Bei der Schlichtung und Schiedsgerichtsverfahren hingegen müssen die Verfahren grundsätzlich bis zum Schieds- bzw. Schlichterspruch durchgeführt werden.<sup>220</sup> Bei einer Vielzahl von Konflikten besteht überdies die Möglichkeit, anhand der entstandenen Konflikte zwischen den Verfahren zu differenzieren<sup>221</sup>, und etwa bei Konflikten im Zusammenhang mit einer Lieferung eine Mediation, bei Sachmängeln ein Schiedsgutachtenverfahren durchzuführen.

Auch eine Mediation unter Vorbehalt ist denkbar. Die Parteien vereinbaren dann, dass der Mediator die Parteien im Konfliktfall bei der Suche nach einem geeigneten Verfahren unterstützt.<sup>222</sup> Das geht über die jedem Mediator auferlegte Pflicht, die Mediationseignung des Konflikts zu überprüfen, hinaus.<sup>223</sup>

### **c) Mediationsklauseln in B2B-Verträgen**

Der Nutzen von präventiven Streitbeilegungsklauseln überwiegt die damit verbundenen wenigen Risiken deutlich. Ob eine Mediationsklausel unter den vielen möglichen ADR-Klauseln die richtige Wahl ist, kann nicht pauschal beantwortet werden. Die Mediation ist ein Verfahren, dass sich grundsätzlich für viele Konflikte in der Wirtschaft eignet. Als Orientierung für die möglichen vertraglichen Einsatzbereiche einer Mediationsklausel können auch Einsatzfelder der Mediation in B2B-Konflikten herangezogen werden. Mediationsklauseln kommen entsprechend infrage bei lang andauernden Verträgen<sup>224</sup>, z.B. Liefer-, Kauf- oder Werkverträge

---

<sup>220</sup> Unberath, in: Greger/Unberath, MediationsG, Teil 1 Einl., Rn. 87.

<sup>221</sup> Empfehlung bei Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 150.

<sup>222</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 150.

<sup>223</sup> Dazu ausführlich Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 325 ff.

<sup>224</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S.301, 328.

oder sonstige Verträge mit großer wirtschaftlicher Bedeutung<sup>225</sup>. Desweiteren bei Unternehmenskäufen oder M&A-Transaktionen und Fusionen von Unternehmen<sup>226</sup> sowie bei Bauverträgen aller Art<sup>227</sup>.<sup>228</sup> Diese vielfältigen Einsatzmöglichkeiten zeigen, dass starre Kataloge zur Bestimmung der Mediationseignung nicht geeignet sind. Aus der Praxis wird berichtet, dass Konflikte, die bei einer schematischen Prüfung anhand der üblichen Kriterien als nicht mediationsgeeignet durchgefallen wären, durch Mediation erfolgreich beigelegt werden konnten.<sup>229</sup>

Die Besonderheiten des Mediationsverfahrens sind mit dem potentiellen Konflikt und den Interessen der Parteien abzugleichen.

Der Gesetzgeber bezweckte durch das Mediationsgesetz, „die Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu fördern“.<sup>230</sup> Gelingt das tatsächlich, ist anzunehmen, dass die Hemmschwelle für Manager und Rechtsabteilungen eine Mediation vorzuschlagen, künftig leichter fällt<sup>231</sup> und mehr Klauseln zur alternativen Streitbeilegung in Verträge aufgenommen werden<sup>232</sup>. Das Unternehmen selbst hat es durch eine entsprechende Gestaltung seiner Verträge in der Hand, durch den Einsatz solcher Klauseln aktives Konfliktmanagement zu betreiben.

### ***1) Mögliche Einsatzfelder von Mediationsklauseln in der Vertragspraxis***

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen in Unternehmensverträge einzubeziehen: Zum einen kann eine Mediationsklausel in einzelne Verträge aufgenommen werden. Hier dient die Mediationsklausel der Lösung einzelner Konflikte, die im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag relevant werden können. Die **Aufnahme in Einzelverträge** erfolgt in der Regel übereinstimmend durch beide Parteien.

---

<sup>225</sup> Z.B. (gescheiterte) Unternehmenskäufe Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S.301; zur Kredit- und Sanierungsmediation z.B.: Neuhof NZI 2011, S. 667.

<sup>226</sup> Siehe z.B. Jäntges/Schwartz, ZKM 2010, S. 25ff.

<sup>227</sup> Z.B. wird Mediation erfolgreich zwischen Bauunternehmer und Bauherrn, zur Schadensregulierung im Verhältnis zwischen Bauunternehmer, Subunternehmer, Statiker und Architekt oder bei der Auflösung von Arbeitsgemeinschaften eingesetzt, Mähler/Mähler, in: BeckRA-HdB, Teil B, 2. Abschnitt, § 48, VI., Rn. 129.

<sup>228</sup> Ebenso denkbar ist die Versicherungswirtschaft, Kreditfinanzierung, dem Insolvenzrecht und Sanierung, kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten oder dem gewerblichen Rechtsschutz, siehe Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap.1, Rn.82 und Mähler/Mähler, in: BeckRA-HdB, Teil B, 2. Abschnitt, § 48, VI., Rn. 128 ff.

<sup>229</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 302.

<sup>230</sup> BT-Drs. 17/5335, S. 1; kritisch Risse/Bach: Die Mediation brauche den Schutz des Gesetzes nicht, SchiedsVZ 2011, S. 14, 19.

<sup>231</sup> Risse, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 35, Rn. 1.

<sup>232</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320 ff.

Häufig werden Mediationsklauseln aber auch formularmäßig vereinbart.<sup>233</sup> Eine Mediationsklausel kann auch einseitig in die **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** eines Unternehmers integriert sein und durch Verweis Bestandteil des Hauptvertrags werden. Sowohl bei der Verwendung in Einzelverträgen als auch bei der formularmäßigen Verwendung ist darüber hinaus der Verweis in der Mediationsklausel auf eine standardisierte externe Verfahrensordnung möglich.

Schließlich kann das Mediationsverfahren auch in einer **konzerninternen Richtlinie** zur Konfliktbearbeitung vorgesehen sein. Da diese Richtlinie nur das Unternehmen selbst binden kann, ist diese Form der systematischen Anwendung des Mediationsverfahrens eher in unternehmensinternen Verträgen üblich. Ein Unternehmen kann sich aber auch verpflichten, bei Konflikten mit anderen Unternehmen diesen Weg zu gehen, allerdings ohne Auswirkungen für den potentiellen Vertragspartner – dazu braucht es eine gemeinsame Vereinbarung.<sup>234</sup>

Schließlich kann ein Mediationsverfahren auch in einer **umfassenden Rahmenvereinbarung** zwischen Unternehmen geregelt werden.<sup>235</sup> Eine solcher „Konfliktmanagementvertrag“ ist eine Grundvereinbarung zwischen Unternehmen für die Lösung von Konflikten und legt die Vorgehensweise bei allen Konflikten aus der Geschäftsbeziehung fest, was gerade in umfangreichen Geschäftsbeziehungen die Aufnahme einer Mediationsklausel in die vielen Einzelverträge erspart.<sup>236</sup> Er kann entweder selbstständig vereinbart werden oder Teil einer größeren Rahmenvereinbarung wie eines Vertrags sein – dann ist er letztlich nichts anderes als eine erweiterte Mediationsklausel.<sup>237</sup>

Durch den Einsatz von Konfliktmanagementverträgen kann Mediation im Rahmen eines professionellen Konfliktmanagementsystems institutionalisiert im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und innerhalb eines Unternehmens eingesetzt werden.<sup>238</sup> Schon frühe Untersuchungen haben gezeigt, dass der Nutzen von Mediation am größten ist, wenn diese nicht nur zufällig in Einzelfällen, sondern im Rahmen eines Konfliktmanagementsystems eingesetzt

---

<sup>233</sup> BeckOGK/Fehrenbach, BGB, § 307, Rn. 1.

<sup>234</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 328.

<sup>235</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 335.

<sup>236</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 335.

<sup>237</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 335.

<sup>238</sup> In den USA setzen viele Unternehmen Konfliktmanagementsysteme (Dispute Resolution Systems) bei betriebsinternen, aber auch zwischen unternehmerischen Einheiten eines Konzerns oder bei externen Konflikten mit Kunden und Zulieferern ein, ausführlich Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 332 ff.



wird.<sup>239</sup> Es entsteht ein geübter Umgang mit Konflikten, da nicht mehr bei jedem Konflikt neu entschieden werden, wie er zu lösen ist. Der zufällige, oftmals nach starren Kategorien durchgeführte Umgang mit Konflikten wird durch ein System ersetzt, das für jeden Konflikt einen maßgeschneiderten Lösungsmechanismus bietet.<sup>240</sup> Desweiteren haben Konfliktmanagementverträge einen deeskalierenden Effekt, weil die Beteiligten wissen, dass eventuell auftretende Konflikte professionell behandelt werden. Wer das Konfliktlösungsverfahren absehen kann, handelt und reagiert gelassener.<sup>241</sup> Durch ein Konfliktmanagement wird auch die strategische Hürde überwunden, dass der Vorschlag eines Mediationsverfahrens im Konfliktfall als Schwäche ausgelegt wird. Der Vorschlag einer Mediation wirkt nicht mehr wie ein Eingeständnis von Verhandlungsschwäche, sondern wie ein Signal des systematischen Umgangs mit Konflikten, wenn ein Vertragspartner glaubhaft vermittelt, dass er in allen Konflikten immer die Durchführung des Mediationsverfahrens erwägt.<sup>242</sup> In Deutschland scheint es zwar ein Bedürfnis der Unternehmen nach maßgeschneiderten Konfliktlösungssystemen zu geben, aber von einigen Initiativen<sup>243</sup> abgesehen, werden Konfliktmanagementverträge als Rahmenverträge bisher noch selten eingesetzt.<sup>244</sup>

## **2) Formen von Mediationsklauseln**

Mediationsklauseln sind in der Regel einstufig ausgestaltet, sehen also im Konfliktfall nur das Konfliktlösungsverfahren Mediation vor. Diese einstufigen Musterklauseln sind die gängigsten Regelungen. Präventive Vereinbarungen zur Durchführung eines Mediationsverfahrens finden sich aber auch in mehrstufig gestalteten Verfahrensklauseln wie **Eskalationsklauseln** oder **Med-Arb- bzw. Arb-Med-Klauseln**. Eskalationsklauseln werden insbesondere in komplexen Verträgen oder im internationalen Wirtschaftsverkehr verwendet<sup>245</sup> und sehen ebenso wie

---

<sup>239</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 325.

<sup>240</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 336.

<sup>241</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 336.

<sup>242</sup> Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 330.

<sup>243</sup> Laut Duve/Eidenmüller/Hacke: Maritim Hotelgesellschaft mbH, HessenChemie, E.ON-Konzern, Siemens G, S. 328.

<sup>244</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 29, ein beispielhaftes „Conflict Resolution Agreement“ aus der Unternehmenspraxis findet sich bei Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S.335; vgl. auch zu einem von der Siemens AG entwickelten Konfliktmanagementsystem Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 343; Klowait/Hill, SchiedsVZ 2007, S. 83, 85; so auch das Ergebnis der PWC/EUV-Studie, Praxis des Konfliktmanagements, 2007, S. 18.

<sup>245</sup> Formulierungsbeispiele bei Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MediationsG, Rn. 154; eine als Mediationsklausel betitelte Eskalationsklausel findet sich unter [www.bmwa.de](http://www.bmwa.de); Weitere Beispiele für Eskalationsklauseln ICC ADR- Rules; Risse, in: Hoffmann-Becking/Gebele, BeckPFormB, XII., 11.

Med-Arb bzw. Arb-Med-Klauseln das gestufte Durchlaufen mehrerer getrennt voneinander durchzuführender alternativer Konfliktlösungsverfahren im Konfliktfall vor. In der Regel sehen Eskalationsklauseln bilaterale Verhandlungen als erste Stufe der Konfliktlösung, ein Mediations- bzw. ein Schlichtungsverfahren auf der zweiten Stufe und als dritte Stufe ein Schiedsgerichtsverfahren oder ein gerichtliches Verfahren vor.<sup>246</sup> Häufig enthalten Eskalationsklauseln neben der Stufenregelung noch weitere Absprachen, etwa zum Klageverzicht, Verjährungsabreden, Vertraulichkeits- oder Beweismittelvereinbarungen.<sup>247</sup> Insofern ähneln Eskalationsklauseln in Inhalt und Aufbau qualifizierten Mediationsklauseln. Auch Eskalationsklauseln können einen Ausweg aus dem Risiko der falschen Verfahrenswahl darstellen.<sup>248</sup> Der Übergang von einer Stufe zur nächsten erfolgt nur, wenn das vorangegangene Verfahren nicht zustande gekommen ist oder erfolglos durchgeführt wurde. Auf diese Weise filtern Eskalationsklauseln solche Konflikte aus, die nur im Rahmen eines gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahrens beigelegt werden können. Der Vorteil von mehrstufigen gegenüber einfachen Streiterledigungsklauseln wie der Mediationsklausel ist, dass sich der Konflikt mit höherer Wahrscheinlichkeit erledigt, weil mehr Streitbeilegungsverfahren durchlaufen werden.<sup>249</sup> Gleichzeitig bergen sie die Gefahr, dass eine Konfliktpartei die Mediation nur als Durchgangsstation zum Entscheidungsverfahren (miss)braucht, die Mediation aber dennoch nicht sofort beendet, weil sie sich erhofft, potentiell nützliche Informationen zu erlangen.<sup>250</sup>

In Med-Arb-Klauseln ist zunächst auf erster Stufe ein Mediationsverfahren vorgesehen, führt dieses nicht zum Erfolg, ist die Durchführung eines Schiedsgerichtsverfahrens vereinbart.<sup>251</sup> Durch die Stufenregelung und die Verbindung mehrerer, sehr unterschiedlicher Konfliktbeilegungsverfahren weisen beide Klauseln zahlreiche Besonderheiten auf, die eine eigene wissenschaftliche Auseinandersetzung rechtfertigen.<sup>252</sup>

---

<sup>246</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 153 mit Beispiel einer Eskalationsklausel unter Rn. 154.

<sup>247</sup> Arntz, SchiedsVZ 2014, S. 237, 238; Dendorfer-Ditges, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, N, Rn. 3.

<sup>248</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 150.

<sup>249</sup> Arntz, SchiedsVZ 2014, S. 237.

<sup>250</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 1, I., Rn. 16.

<sup>251</sup> Dendorfer-Ditges, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, N, Rn. 5 f.

<sup>252</sup> Siehe zum Beispiel die Dissertation von Arntz, Eskalationsklauseln – Recht und Praxis mehrstufiger Streiterledigungsklauseln.

### 3) Keine Mediationsklausel: Die Konfliktklärungsklausel

Nicht zu Mediationsklauseln im hier verstandenen Sinn gehören Vereinbarungen, die das Verfahren offen lassen und teilweise Konfliktmanagementvereinbarung<sup>253</sup> genannt werden, der besseren Abgrenzung halber aber als **Konfliktklärungsklausel** bezeichnet werden sollten. In Konfliktklärungsklauseln vereinbaren die Parteien im Falle des Konflikts die Durchführung eines Konfliktklärungsverfahrens, an dessen Ende ein neutraler Dritter über das durchzuführende Verfahren entscheidet bzw. eine Empfehlung für ein bestimmtes Konfliktlösungsverfahren abgibt.<sup>254</sup> Die Durchführung des Konfliktlösungsverfahrens ist ebenso wie die Durchführung eines Mediationsverfahrens auch institutionalisiert möglich. Konfliktklärungsklauseln bieten häufig einen Ausweg aus dem Dilemma der richtigen Verfahrenswahl und der Gefahr, dass das Verfahren nicht mehr zum späteren Konflikt passt. Sie erlauben mangels Festlegung eine flexible und adäquate Behandlung unterschiedlicher Konflikte, die eine Mediationsklausel aufgrund der Festlegung auf das Verfahren schon naturgemäß nicht leisten kann.<sup>255</sup>

---

<sup>253</sup> „Konfliktmanagementvereinbarung“ der DIS: *„Hinsichtlich aller Streitigkeiten, die sich aus oder in Zusammenhang mit dem Vertrag (... Bezeichnung des Vertrags ...) ergeben und für deren Lösung die Parteien noch keine Vereinbarung über das Streitbeilegungsverfahren getroffen haben, wird ein Konfliktmanagementverfahren nach der Konfliktmanagementordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) (DIS-KMO) mit dem Ziel der Festlegung eines Streitbeilegungsverfahrens durchgeführt.“*; abrufbar unter [www.dis-arb.org/de/](http://www.dis-arb.org/de/) [Stand Januar 2019], so übernommen unter dem Begriff Konfliktklärungsklausel von Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, § 1 MediationsG, Rn. 156; ähnlich Klausel B der ICC, abrufbar unter: [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org) [Stand Januar 2019]; zum Ablauf und Organisation eines Konfliktklärungsverfahrens Stubbe, *SchiedsVZ* 2009, S. 321 ff.

<sup>254</sup> Unberath, in: Greger/Unberath, *MediationsG*, Teil 1 Einl., Rn. 88.

<sup>255</sup> Hacke, *ADR-Vertrag*, S. 110.

## Teil 2: Rechtliche Grundfragen bei Mediationsklauseln

Eine Mediationsvereinbarung ist nach übereinstimmender Ansicht in der Literatur ein Vertrag zwischen den Konfliktparteien über die Durchführung und rechtlichen Rahmenbedingungen einer Mediation.<sup>256</sup> Das zugrunde gelegt ist auch die Mediationsklausel als unselbstständige Mediationsvereinbarung als vertragliche Absprache einzuordnen. Diese Einordnung sagt indes noch nichts darüber aus, welche Rechtsnatur Mediationsklauseln haben, welche Rechtsvorschriften für sie gelten und welche Vertragspflichten aus ihnen folgen. Einleitend wird daher der Streit um die Rechtsnatur und vertragliche Qualifizierung von Mediationsvereinbarungen dargestellt und dessen Konsequenzen für die anzuwendenden Rechtsvorschriften aufgezeigt.

### I. Der Streit um die Rechtsnatur von Mediationsvereinbarungen

Grundsätzlich gilt für materiell-rechtliche Verträge das materielle Recht, insbesondere die vertragsrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, jedoch nicht die Regelungen des Prozessrechts.<sup>257</sup> Für prozessuale Verträge hingegen gelten neben prozessualen Rechtsbeschränkungen auch materiell-rechtliche Vorschriften, insbesondere durch die Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts wie die §§ 133, 157 BGB, §§ 307 ff. BGB und §§ 134, 138, 242 BGB.<sup>258</sup> Wie Mediationsvereinbarungen einzuordnen sind, ist seit langem umstritten. Grund dafür ist, dass Mediationsvereinbarungen schon ihrem Kern nach prozessuale und materielle Abreden enthalten: Die Vereinbarung eines alternativen Konfliktlösungsverfahrens und der Klagbarkeitsausschluss sind prozessualer, die Vereinbarung zur gemeinsamen Verhandlungsführung materieller Natur.<sup>259</sup> Darüber hinaus können Mediationsvereinbarungen noch eine Vielzahl anderer Absprachen enthalten. Auch diese Absprachen haben nach übereinstimmender Ansicht in der Literatur teilweise eine materiell-rechtliche, teilweise eine prozessrechtliche Wirkung.<sup>260</sup>

---

<sup>256</sup> Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 227 m.w.N.; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 3; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 1, Rn. 26; schon Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 12; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 132; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 24; Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz S. 47,51; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 1.

<sup>257</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 36.

<sup>258</sup> Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22, der den Gegensatz zwischen materiellem Recht und Prozessrecht nicht überbewerten will; Münch, in: MüKoZPO, § 1029, Rn. 15.

<sup>259</sup> Ade/Alexander, 4. Teil, Rn. 408.

<sup>260</sup> Insoweit ist sich die Literatur einig: Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 9 f.; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 31; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 29

Probleme bereitet die rechtliche Einordnung von Mediationsvereinbarung vor allem wegen der in ihr enthaltenen prozessualen Bestandteile. Schon seit Jahrzehnten wird über die rechtliche Zuordnung von Vereinbarungen mit prozessualen Bestandteilen gestritten<sup>261</sup>, insbesondere von Vereinbarungen, die einen Klagbarkeitsausschluss enthalten. Dieser Grundsatzstreit war bereits für die breite Diskussion über die Rechtsnatur von Schiedsvereinbarungen bestimmend.<sup>262</sup> Der BGH wertete Schiedsvereinbarungen lange als materiell-rechtlichen Verträge über prozessuale Beziehungen.<sup>263</sup> Später ordnete er in verschiedenen Entscheidungen den Schiedsvertrag als Unterfall des Prozessvertrags ein, allerdings ohne auf die bisherige Rechtsprechung einzugehen.<sup>264</sup> Der BGH betonte aber, dass für die Schiedsvereinbarung auch materielle Vorschriften gelten, insbesondere § 138 Abs. 1 BGB.<sup>265</sup>

Die Rechtsprechung hat Mediationsvereinbarungen bisher nicht rechtlich eingeordnet.

In der mediationsrechtlichen Literatur ist zunächst umstritten, ob eine einheitliche Qualifikation der Mediationsvereinbarung angesichts der unterschiedlichen Bestandteile überhaupt möglich ist. Insoweit stehen sich die Einheitslösung und die Einzelregelungslösung gegenüber. Vertreter der **Einheitslösung** qualifizieren die gesamte Mediationsvereinbarung anhand des Schwerpunkts der Vereinbarung. Die **Einzelregelungslösung** geht davon aus, dass es keine einheitliche Qualifikation der Mediationsvereinbarung geben kann und ordnet jeden Regelungsgegenstand gesondert als materiell-rechtlich oder prozessrechtlich ein.

Sowohl bei der Einheitslösung als auch bei der Einzelregelungslösung stellt sich die Frage, ob die Mediationsvereinbarungen oder ihre materiell-rechtlichen Bestandteile einem der typisierten Verträge des Bürgerlichen Gesetzbuch zugeordnet werden können oder ob ein Vertrag *sui generis* vorliegt.

---

ff.; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn.18; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 21; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 143; Steffek, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, F, Rn. 5; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 228 f.; Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 363.

<sup>261</sup> Zu diesem „Grundsatzstreit über Prozessverträge“ Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 17 unter Fn. 37; ausführlich zum Streitstand Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 29 ff. m.w.N.

<sup>262</sup> Dazu Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Erster Teil, Abschnitt I, Kap. 7, Rn. 37 unter Fn. 133.

<sup>263</sup> Mit Berufung auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung aus RGZ 144, 96, 98; 156, 101, 104: Zum Beispiel BGHZ 23, 198, 200; BGHZ 40, 320, 322.

<sup>264</sup> BGHZ 99, 143, 147; BGH SchiedsVZ 2009, 233, 235.

<sup>265</sup> BGH SchiedsVZ 2009, S. 233, 235; Münch, in: MüKoZPO, § 1029, Rn. 15.

## 1. Einheitslösung

Unter den Vertretern der **Einheitslösung** herrscht Uneinigkeit, ob der Schwerpunkt der Mediationsvereinbarung materiell-rechtlicher<sup>266</sup> oder prozessrechtlicher Natur ist.

Welchem Rechtsgebiet ein Vertrag zuzuordnen ist, bestimmt sich nach allgemeiner Ansicht nach der Rechtswirkung des Vertrags.<sup>267</sup> Maßgeblich ist, auf welchem Rechtsgebiet nach dem Willen der Parteien Rechtsfolgen eintreten sollen: Treten diese auf prozessrechtlicher Ebene ein, ist die Vereinbarung als prozessrechtlich zu qualifizieren, treten sie auf materiell-rechtlicher Ebene ein, ist sie ein materiell-rechtlicher Vertrag.<sup>268</sup>

### a) Prozessrechtlicher Schwerpunkt

Unter den Vertretern der Einheitslösung sehen die wenigen Befürworter der **prozessrechtlichen Zuordnung** den regelmäßig in den Mediationsvereinbarungen enthaltenen vorübergehenden Klagbarkeitsausschluss als maßgebliche Rechtswirkung an.<sup>269</sup> Dieser betreffe unmittelbar das Verhältnis zum staatlichen Gerichtsverfahren und zum Schiedsgerichtsverfahren und sei als Abrede mit prozessualer Wirkung anzusehen.<sup>270</sup> Die Parteien legten ähnlich wie bei einem Schiedsvertrag ein Verfahren fest, das im Konfliktfall alternativ zum gerichtlichen Verfahren eine Lösung herbeiführen soll.<sup>271</sup> Zwar komme das Mediationsverfahren, anders als das gerichtliche Verfahren, ohne Entscheidung eines Dritten aus und setze auf die Selbstbestimmung der Parteien bei der Lösungsfindung – es beinhalte dennoch im Kern prozessuale Abreden: Das Mediationsverfahren sei ein prozessual strukturiertes Verfahren mit genauen Verfahrensvorgaben, Verhaltensanordnungen, Formerfordernissen und sogar Fristsetzungen, das eine Verrechtlichung und damit nichts anderes als eine Prozessualisierung erfahren habe.<sup>272</sup>

---

<sup>266</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 18; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 143; Übersicht dazu bei Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 17 unter Fn. 37.

<sup>267</sup> Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 21; Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO, § 1029 Rn. 5; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 26.

<sup>268</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 26 m.w.N.

<sup>269</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 22: Die Mediationsvereinbarung würde dadurch zu einem Prozessvertrag; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22.

<sup>270</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 31 f.; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 17; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 70; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 229; Klagebeschränkung als Prozessvertrag: Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1249; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 10; Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 78; „Insoweit“ liege ein Prozessvertrag vor: 2004, S. 1247, 1249.

<sup>271</sup> Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22.

<sup>272</sup> So schon vor Inkrafttreten des MediationsG Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn.1, sowie in Folgeauflage Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22 sowie Fn.52.

Daher sei das vereinbarte Verfahren vom Verfahrensgegenstand zu trennen und die vereinbarten Verfahrensregeln als prozessual zu qualifizieren.<sup>273</sup> Trotz der Einordnung der Mediationsvereinbarung als prozessuale Absprache soll diese aber auch der Kontrolle durch das materielle Recht unterliegen, insbesondere durch die Vorschriften des materiellen Rechts wie §§ 133, 157 BGB und §§ 307 ff. BGB.<sup>274</sup> Die Anwendbarkeit allgemeiner Verfahrensgarantien müsse im Einzelfall überprüft werden. Die Übertragung sei aber umso mehr geboten, je deutlicher dem Mediator eine eigenständige Rechtsstellung eingeräumt werde.<sup>275</sup> Für eine prozessuale Einordnung spreche auch die Verrechtlichung, die das Mediationsverfahren durch das Mediationsgesetz erfahren habe, was das Mediationsverfahren näher an die etablierten Verfahren wie staatliche Gerichtsverfahren, Schlichtung und Schiedsgerichtsverfahren herangerückt habe. Denn sobald das Recht prozedurale Anforderungen an ein Streitverfahren stelle – wie es spätestens auch seit Inkrafttreten des Mediationsgesetzes der Fall sei – sei dieses als prozessual zu qualifizieren.<sup>276</sup> Neben der Einordnung als dilatorischer Klageverzicht<sup>277</sup> werden auch die Begriffe des Stillhalteabkommens oder pactum de non petendo<sup>278</sup> verwendet. Hinter der unterschiedlichen Terminologie verbergen sich allerdings bei genauerer Betrachtung keine inhaltlich abweichenden Meinungen, sondern nur ein nicht übereinstimmendes Begriffsverständnis.<sup>279</sup>

## **b) Materiellrechtlicher Schwerpunkt**

Deutlich mehr Stimmen in der Literatur sprechen sich für eine **materielle Qualifizierung der Mediationsvereinbarung** aus.<sup>280</sup> Die Hauptwirkung der Mediationsvereinbarung bestehe da-

---

<sup>273</sup> So schon: Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 18; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22.

<sup>274</sup> Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22, der den Gegensatz zwischen materiellem Recht und Prozessrecht nicht überbewerten will.

<sup>275</sup> Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22.

<sup>276</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 35.

<sup>277</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 13; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 22.

<sup>278</sup> Teilweise mit dem Begriff dilatorischer Klageverzicht kombiniert z.B. Hacke, der das pactum de non petendo als prozessrechtliche Abrede im Sinn eines dilatorischen Klageverzichts qualifiziert, ADR-Vertrag, S. 119; Loos/Brewitz, die alle Begriffe synonym verwenden, SchiedsVZ 2012, S. 305 ff.

<sup>279</sup> So stellt es richtig Trams, Die Mediationsvereinbarung, fest, S. 119.

<sup>280</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 143; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn.18; Dauerschuldverhältnis mit atyischem Inhalt: Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 5; Hilbig-Lugani, ZZP 126 (2013), S. 463, 469; von Schubert, Michael, in: Schiffer, Schiedsgerichtsverfahren und Mediation, S. 268, Rn. 823.

rin, eine Pflicht zur Mitwirkung bzw. zur gemeinsamen Durchführung an einem privatautonomen Verfahren zu begründen.<sup>281</sup> Die essentialia einer Mediationsvereinbarung betreffen lediglich das „Ob“ einer Mediation, weshalb die Mediationsvereinbarung als materiell-rechtlich zu qualifizieren sei.<sup>282</sup>

Die Mediationsvereinbarung lasse sich nicht als prozessual qualifizieren, wenn man Prozess im Sinn von staatlicher Gerichtsbarkeit bzw. einer autoritativen Entscheidung eines Rechtsstreits versteht.<sup>283</sup> Ein prozessrechtlicher Bezug bestehe nur insofern, als in der Regel ein vorübergehender Klageverzicht vereinbart werde.<sup>284</sup> Damit zwingende prozessrechtliche Regelungen griffen, müsse man Mediationsvereinbarungen nicht als prozessuale Verträge klassifizieren, die unklaren Sonderregelungen unterliegen. Vielmehr seien sie als Verträge materiellen Rechts einzuordnen, für die auch prozessuale Regelungen gelten, wenn sie zivilverfahrensbezogene Regelungen enthalten.<sup>285</sup> Auch Mediationsvereinbarungen könnten keine zwingenden prozessualen Vorschriften außer Kraft setzen, die im Übrigen bei Vorliegen der allgemeinen Analogievoraussetzungen auch auf Mediationsabreden anwendbar seien.<sup>286</sup> Der Grund für die besondere Behandlung von Prozessverträgen liege nicht darin, dass sie ein Verfahren vereinbarten, sondern in den Sonderregeln und in der Unabdingbarkeit des öffentlich-rechtlichen Zivilprozessrechts. Das Zivilprozessrecht regle aber die Mediation als Verfahren inhaltlich nicht.<sup>287</sup>

## 2. Einzelregelungslösung

Nach der **Einzelregelungslösung** ist eine einheitliche Zuordnung der Mediationsvereinbarung angesichts der unterschiedlichen Regelungen nicht möglich. Eine Einordnung als materiell- o-

---

<sup>281</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 143.

<sup>282</sup> Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482.

<sup>283</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn.34; Schon vorher wurde vertreten, dass zum Prozessrecht nur solche Rechtsverhältnisse zählen, die die Rechtsbeziehungen von Parteien nur im Verfahren vor staatlichen Rechtspflegeorganen, jedenfalls auch anderen entscheidungsbefugten Dritten regelt, siehe Wagner, Prozessverträge, S. 13.

<sup>284</sup> Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 126, der deshalb internationalrechtliche eine Einordnung als Prozessvertrag für möglich hält.

<sup>285</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25 Rn.18; materiell-rechtlicher Vertrag mit prozessrechtlichen Elementen: temporärer Klageverzicht als prozess-rechtliches Element, Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 143, der in der Voraufgabe noch auf die Einordnung des BGH der Schiedsvereinbarung als materiell-rechtlicher Vertrag über prozessrechtliche Beziehungen verweist: BGHZ 23,198, 200.

<sup>286</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 34.

<sup>287</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 34.



der prozessrechtliche Regelung erfolgt nach der Einzelregelungslösung für jeden Regelungsgegenstand gesondert.<sup>288</sup> Für die Zuordnung der einzelnen Regelungen komme es auf den Gegenstand des Vertrags an, der im Licht der von den Parteien beabsichtigten Wirkungen zu bestimmen sei.<sup>289</sup> Nach der Einzelregelungslösung werden beispielsweise Abreden zur Verjährung dem materiellen Recht zugeordnet<sup>290</sup>, während Absprachen zur Klagebeschränkung oder die Verwendung konkreter Beweismittel in einem späteren potentiellen Gerichtsverfahren prozessrechtlicher Natur sein sollen<sup>291</sup>. Bei anderen Absprachen wie z.B. Verhandlungspflichten ist die Einordnung umstritten. Während eine Ansicht Verhandlungspflichten als materiell qualifiziert<sup>292</sup>, sprechen sich andere Stimmen für eine prozessuale Qualifizierung aus<sup>293</sup>.

Vereinzelt wird argumentiert, dass sich die Mediation durch die zunehmende Verrechtlichung des Mediationsverfahrens, insbesondere durch das Mediationsgesetz, zunehmend an die etablierten Verfahren der Streitbeilegung angenähert habe – und dementsprechend durchaus prozessualen Charakter habe. Andererseits ende das Mediationsverfahren anders als das Schiedsverfahren oder die Schlichtung nicht mit einer Entscheidung oder einem Lösungsvorschlag, sondern mit einem Vergleichsvertrag gemäß § 779 BGB, mit dem ein Rechtsverhältnis materiell-rechtlich geregelt werde. Es mache die Verhandlung selbst noch nicht zum Gegenstand des Prozessrechts, dass die Rechtsordnung auch prozessuale Anforderungen an die Verhandlungen stelle. Nicht jeder private Vorgang, der bestimmten prozeduralen Mindeststandards genügen müsse, unterliege schon deshalb dem (öffentlichen) Prozessrecht. Deswegen seien Mediationsklauseln als materiell-rechtlich zu qualifizieren.<sup>294</sup>

---

<sup>288</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 30; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 229; Wagner, Prozessverträge, S. 47; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 35; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 10.

<sup>289</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 30, so schon Wagner, Prozessverträge, S. 46.

<sup>290</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 33; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 83.

<sup>291</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 31 f.; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25 Rn. 17; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 70; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 229; Klagebeschränkung als Prozessvertrag: Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1249.

<sup>292</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 35; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 9; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 228f.; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482.

<sup>293</sup> Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22, der deswegen Mediationsvereinbarungen insgesamt als prozessual einordnet.

<sup>294</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 35.

Die Konsequenz der Einzelregelungslösung ist, dass prozessrechtliche Zulässigkeitsbeschränkungen lediglich für prozessuale, nicht aber für materielle Abreden gelten.<sup>295</sup> Prozessrechtliche Abreden hätten sich darüber hinaus an verfahrensrechtliche Regelungen zu halten.<sup>296</sup> Materielle Absprachen hätten sich dagegen nur am materiellen Recht zu orientieren, insbesondere nach den Vorschriften über das Zustandekommen und die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften.<sup>297</sup> Die Regeln des Allgemeinen Teils und des Allgemeinen Schuldrechts gelten für das Zustandekommen und die Wirksamkeit sämtlicher materiell- oder prozessrechtlicher Elemente der Mediationsklausel<sup>298</sup>, da das Vertragsrecht nicht ausschließlich für materiell-zivilrechtliche Verträge gelte und aufgrund der unvollkommenen Regelung in der Zivilprozessordnung ohnehin ergänzend auf das bürgerliche Recht zurückgegriffen werden müsse.<sup>299</sup> Darüber hinaus dürfe die Vereinbarung nicht aufgrund der materiellen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sein und bei zivilverfahrensbezogenen Vereinbarungen dürften zwingende Prozessvorschriften nicht entgegenstehen.<sup>300</sup>

### **3. Konsequenzen für die rechtliche Beurteilung einzelner Regelungen**

Mediationsvereinbarungen unterliegen bei prozessualer Einordnung im Ganzen auch der Kontrolle durch das materielle Recht.<sup>301</sup> Nach der materiellen einheitlichen Einordnung gilt neben dem materiellen Recht für die zivilverfahrensbezogene Regelungen auch das Prozessrecht.<sup>302</sup> Nach der Einzelregelungslösung sind für materielle und prozessrechtliche Absprachen das materielle Recht und für prozessrechtliche Absprachen zusätzlich das Prozessrecht anzuwenden. Was die rechtliche Kontrolle von Mediationsvereinbarungen bzw. einzelner Abreden angeht, unterscheiden sich die verschiedenen Ansichten nicht. Die Diskussion um die materielle oder

---

<sup>295</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 36.

<sup>296</sup> Nach dieser Ansicht sind aber die Vorschriften der §§ 1029 ff. ZPO auf Mediationsvereinbarungen nicht analog anzuwenden, Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 10.

<sup>297</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S.10; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 36.

<sup>298</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 60.

<sup>299</sup> Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, Einleitung, Rn. 66; Rauscher, in: Münchener Kommentar ZPO, Einleitung, Rn. 415.

<sup>300</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 15.

<sup>301</sup> Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22, der den Gegensatz zwischen materiellem Recht und Prozessrecht nicht überbewerten will. Für einen Rückgriff auf das materielle Recht auch bei Schiedsvereinbarungen: BGH SchiedsVZ 2009, S. 233, 235; Münch, in: MüKoZPO, § 1029, Rn. 15.

<sup>302</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 18; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 143.

prozessuale Rechtsnatur von Mediationsvereinbarungen ist daher im Hinblick auf die rechtliche Bewertung **konkreter** Regelungsgegenstände ein theoretischer Grundsatzstreit ohne praktische Auswirkungen.

Die Rechtsnatur der Mediationsklausel spielt auch keine Rolle für die Anwendbarkeit des AGB-Rechts, da dieses auch bei Prozessverträgen<sup>303</sup> bzw. unabhängig davon gilt, ob Absprachen prozessrechtlicher oder materiellrechtlicher Natur sind<sup>304</sup>. Der BGH hat in mehreren Entscheidungen betont, dass das AGB-Recht auch bei Vertragstypen gilt, die im Gesetz ungeregelt geblieben sind.<sup>305</sup> Dafür spricht sich mit überzeugenden Argumenten auch die Literatur aus. Wenn §§ 305 ff. BGB den Schutz der Privatautonomie gewährleisten sollen, müsse das auch für prozessrechtliche Absprachen gelten, die der Durchsetzung der Privatautonomie dienen.<sup>306</sup> Verwiesen wird insoweit auf die BGH-Rechtsprechung zu Gerichtsstandsvereinbarungen<sup>307</sup> oder Schiedsvereinbarungen<sup>308</sup>, die der BGH seit jeher ohne Begründung einer AGB-Kontrolle unterwirft. In jüngeren Entscheidungen problematisierte der BGH die prozessuale Natur einer Gerichtsstandsvereinbarung<sup>309</sup> und Musterprozessklausel<sup>310</sup> nicht einmal mehr und hat diese einer AGB-Kontrolle unterworfen. Insbesondere die kurzen Erwägungen der Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle von Schiedsklauseln gelten gleichermaßen für Mediationsklauseln, da beide Absprachen im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners Parallelen aufweisen: Der regelmäßig in Mediationsklauseln oder in den Verfahrensordnungen enthaltene Klageverzicht hält den Vertragspartner ebenso wie eine Schiedsklausel davon ab, den staatlichen Rechtsweg zu beschreiten – wenn auch anders als bei Schiedsklauseln nur vorübergehend. Auch kann der Vertragspartner die Mediation jederzeit einseitig beenden, was in einem Schiedsgerichtsverfahren nicht möglich ist. Die Vereinbarung eines Schiedsgerichtsverfahrens ist demnach zwar einschneidender als eine Mediationsvereinbarung. Das mindert die Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners aber nicht dergestalt, dass ihm deshalb

---

<sup>303</sup> Für eine Anwendbarkeit des AGB-Rechts bei Mediationsvereinbarungen deshalb: Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 24; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 32; Rinnert, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, § 30, Rn. 1; Tochtermann, ZKM 2008, S. 57; Becker, in: BeckOK BGB, § 305, Rn. 11, mit Verweis auf BGH NJW 2001, S. 2635, 2636.

<sup>304</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 45.

<sup>305</sup> BGHZ 104, 82, 90; BGH NJW 2001, 2635, 2636.

<sup>306</sup> So Wagner, Prozessverträge, S. 132 f.; Lehmann-Richter, in: BeckOG BGB, § 305, Rn. 19.

<sup>307</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 32 verweist auf BGH NJW 1987, 2867; Wagner, schon in Prozessverträge, S. 137, konkret zu Mediationsklauseln in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 45.

<sup>308</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 45 mit Verweis auf BGHZ 115, 324 f.; BGHZ 162, 9, 15 f.; ebenso BGHZ 92, 13, 15 ff.; BGHZ 101, 271; BGH NJW 1983, 1320, 1322; offen lassend BGH SchiedsVZ 2007, 163, 164, Rn. 14.

<sup>309</sup> BGHZ 101, 271.

<sup>310</sup> BGHZ 92, 13.

der potentielle Schutz der §§ 307 ff. BGB zu versagen ist. Schließlich nimmt dieser bei Mediationsklauseln ebenso wie bei Schiedsklauseln das Risiko in Kauf, zu den Prozesskosten auch die Kosten einer gescheiterten Mediation tragen zu müssen.<sup>311</sup>

Angesichts dieses Ergebnisses ist der Eindruck berechtigt, es handele sich bei der Diskussion um die Rechtsnatur von Mediationsklauseln um eine „ergebnisneutrale Konstruktionskontroverse“<sup>312</sup>. Der Vorwurf, durch die Einheitstheorien würde der Rechtscharakter eines Teils der Mediationsvereinbarung unterschlagen<sup>313</sup>, mag zwar begrifflich zutreffend sein. Insoweit ist auch richtig, dass durch eine solche „Vereinnahmung“ eine mögliche und eindeutige Zuordnungsentscheidung einzelner Elemente aufgehoben<sup>314</sup> und dadurch die Bestimmung der rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zumindest ungenauer wird. Für die Einzelregelungslösung spricht insofern, dass sie die Vielfalt der regelmäßig in Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen enthalten Regelungen materieller und prozessrechtlicher Art berücksichtigt und dogmatisch sauberer löst. Für die rechtliche Bewertung **einzelner** Regelungsgegenstände als solche ist es aber unerheblich, ob man der Einheitslösung oder der Einzelregelungslösung folgt, da sowohl materielle als auch prozessuale Vorschriften zur Überprüfung herangezogen werden können.

#### **4. Vertragsrechtliche Qualifizierung von Mediationsvereinbarungen und Konsequenzen für das anzuwendende Recht**

Die grundsätzliche Anwendbarkeit materieller und prozessualer Vorschriften für einzelne Abreden der Mediationsklauseln sagt noch nichts darüber aus, welche materiellen Vorschriften anwendbar sind und welchen allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen Mediationsklauseln unterliegen. Grundsätzlich gilt für prozessuale wie materielle Verträge das allgemeine bürgerliche Vertragsrecht, d.h. alle Rechtsregeln, die die Entstehung und Wirkungen von Verträgen betreffen<sup>315</sup>, wie der Allgemeine Teil des BGB und die Vorschriften des Allgemeinen Schuld-

---

<sup>311</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 16.

<sup>312</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 34; Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz S. 64: Der Begriff der Rechtsnatur sei eine echte Leerformel und habe keinen eigenständigen Gehalt; schon früher wurde in diesem Zusammenhang geäußert, dass der Gegensatz zwischen materiellem Recht und Prozessrecht nicht überbewertet werden solle, Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43 unter Fn. 56.

<sup>313</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 32.

<sup>314</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 32, was auch gegen die Einordnung einer Doppelnatur spreche, da sich auf diese Weise die doppelte Qualifikation auch auf die einzelnen Elemente übertragen würde, siehe ähnlich zum Prozessvergleich auch Wagner, Prozessverträge, S. 44.

<sup>315</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 1.

rechts. Das Besondere Schuldrecht gilt grundsätzlich nur für die dort geregelten Vertragstypen<sup>316</sup>. Diese Spezialvorschriften verdrängen dann die allgemeinen Vorschriften, was insbesondere bei Leistungsstörungen oder Lücken im Vertrag bedeutsam werden kann. Außerdem gibt es gegebenenfalls zwingende Vorschriften, die die Parteien nicht ausschließen können.<sup>317</sup> Auch das Gegenteil ist möglich, beispielsweise bei der Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Dieses findet bei bestimmten Verträgen, insbesondere dem Gesellschaftsrecht, gemäß § 310 Abs. 4 BGB keine Anwendung. Die vertragsrechtliche Qualifizierung ist auch bestimmend für den Maßstab der Klauselkontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB.<sup>318</sup> Das wirft die Frage auf, wie Mediationsvereinbarungen vertragsrechtlich einzuordnen sind.

#### **a) Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag?**

Ein Auftrag im Sinn des § 662 BGB mangels Weisungsgebundenheit aus.<sup>319</sup> Ebenso scheidet eine Einordnung der Mediationsvereinbarung als Dienst- oder Werkvertrag aus, da keine Vergütung zwischen den Parteien im Sinn des § 611 Abs. 1 BGB bzw. § 631 Abs. 1 BGB vereinbart wird. Auch erfolgt die Durchführung bzw. Teilnahme an der Mediation nicht weisungsabhängig.<sup>320</sup>

#### **b) Gesellschaft bürgerlichen Rechts?**

Nicht durchgesetzt hat sich die vereinzelt vertretene Ansicht, dass die Mediationsvereinbarung eine Innengesellschaft des bürgerlichen Rechts begründet:<sup>321</sup> Nach dieser bestehe der gemeinsame Gesellschaftszweck in der Durchführung des Mediationsverfahrens als ernst gemeinter Versuch einer Konfliktlösung, zu dessen Förderung sich die Vertragsparteien verpflichtet hätten.<sup>322</sup> Für die Gründung einer Gesellschaft im Sinn des § 705 BGB komme es nicht darauf an, ob die Motive der Vertragsparteien übereinstimmten, sondern dass der Zweck der

---

<sup>316</sup> Fischer weist darauf hin, dass ein für den typischen Vertrag geltende Norm bei einer vergleichbaren Interessenlage auf einen atypischen Vertrag analog anzuwenden sein kann, in: Haft/v.Schlieffen, § 25, Rn. 2.

<sup>317</sup> Ausführlicher hierzu: Hacke, ADR-Vertrag, S. 41.

<sup>318</sup> Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 364.

<sup>319</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25 Rn. 35.

<sup>320</sup> So auch Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25 Rn. 35.

<sup>321</sup> Einzig vertreten von Hutner, SchiedsVZ, 2003, S. 226, 230; auch Stürmer, S.137 ff.; dagegen: Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2 Rn. 29 (ohne weitere Begründung); Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht, S. 9; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482; Unberath; Töben, RNotZ, 321, 340; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22: im Kern prozessuale Abrede; eingehend Hacke, ADR-Vertrag, S.53 ff.

<sup>322</sup> Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 230: Diese Verfahrensordnung müsse sich dann jedenfalls an den für das Gesellschaftsrecht entwickelten Grundsätzen der richterlichen Inhaltskontrolle messen lassen. Auch sei in bestimmten Fällen eine analoge Anwendung von Rechtsgedanken der §§ 305 ff. BGB (z.B. § 305c BGB) möglich; Stürmer, S. 137 ff. ordnet die „Mediationsgesellschaft“ als atypische GbR ein.

Gesellschaft als solcher über die individuellen Motive hinausgehe.<sup>323</sup> So verfolgten zwar bezüglich der Ebene des materiellen Grundverhältnisses die Medianten nicht dasselbe Interesse, prozedural vereinigten sich aber die Zweckrichtungen zu einer gemeinsamen.<sup>324</sup>

Diese Ansicht wird entweder mit Verweis auf den fehlenden Gesellschaftszweck oder ohne weitere Begründung von der überwiegenden Literatur verneint.<sup>325</sup> Die Durchführung der Mediation könne keinen tauglichen Zweck darstellen, weil die Mitwirkung am Verfahren bereits den Gesellschaftszweck erfüllen und nicht fördern würde, sodass die Gesellschaft nach § 726 BGB unmittelbar nach Beginn des Verfahrens enden würde.<sup>326</sup> Auch stelle der Versuch eine gütliche Einigung herbeizuführen keinen tauglichen Zweck dar, da dieser ein überindividueller, gemeinsamer Zweck sein müsse. Die Parteien eines Mediationsverfahrens verfolgten aber jeweils selbstständig und trotz gemeinsamer Bemühung um eine Konfliktbeilegung ihre eigenen Interessen.<sup>327</sup> Die Mediationsvereinbarung sei nur als Ausdruck der Hoffnung der Parteien zu verstehen, ihren Konflikt beilegen zu können und nicht als gemeinsamer Zweck, mit vereinten Kräften den Konflikt beizulegen.<sup>328</sup> Bei ADR-Vereinbarungen liege der Schwerpunkt aber auf den entgegengesetzten Interessen.<sup>329</sup>

Neben diesen Gegenargumenten überzeugt insbesondere das Argument, dass es an der ebenfalls zur Begründung einer Gesellschaft erforderlichen Förderungspflicht fehlt, die dem gemeinsamen Zweck diene. Die Förderungspflichten bei Streitbeilegungsklauseln sind dagegen bereits der Zweck der Vereinbarung und dienen keinem darüber hinausgehenden Zweck.<sup>330</sup> Darüber hinaus suchen sich nicht, wie beim Idealtyp der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Vertragsparteien eines ADR-Verfahrens als Partner aus, sondern geraten durch den Konflikt unfreiwillig zusammen. Das gilt auch bei vorsorglichen ADR-Vereinbarungen, da das Verfahren und die damit einhergehenden Pflichten auch erst im Konfliktfall zum Tragen kommen.<sup>331</sup>

---

<sup>323</sup> Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 230.

<sup>324</sup> Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 230.

<sup>325</sup> Ohne Begründung: Töben, RNotZ, S. 321, 340; ebenso Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 32; Steffek, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, F, Rn. 5; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 143;

<sup>326</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 33; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482.

<sup>327</sup> Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482; Hacke, ADR-Vertrag, S. 60; zustimmend Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 31 unter Fn. 138; BGH WM 1976, 1307 ff.: keine Gesellschaft, wenn jeder seine eigenen Zwecke verfolgt.

<sup>328</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 29.

<sup>329</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 60.

<sup>330</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 58.

<sup>331</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 59.

Auch ist der Einwand berechtigt, dass die meisten Rechtsfolgen der §§ 705 ff. BGB dem Regelungswillen der Parteien eines Mediationsverfahrens nicht entsprechen.<sup>332</sup> Eine Qualifizierung als Gesellschaftsvertrag scheidet daher aus.

Daher gilt die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB für Mediationsklauseln nicht. Selbst eine Einordnung als Innengesellschaft bürgerlichen Rechts schließt eine Kontrolle von Mediationsklauseln durch das AGB-Recht darüber hinaus nicht aus: Eine Mediationsklausel, die in einen von § 310 BGB erfassten Grundvertrag, wie zum Beispiel ein Kaufvertrag, integriert ist, könne trotz ihrer gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung an §§ 305 ff. BGB gemessen werden, wenn sie eine Geschäftsbedingung des Grundvertrags sei. Die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB bestimme sich immer nach dem übergeordneten Vertrag, sodass auch in einen Vertrag einbezogene gesellschaftsrechtliche Verträge der AGB-Kontrolle unterlägen.<sup>333</sup> Da Mediationsklauseln im Sinn dieser Untersuchung aber immer in einen umfangreicheren (nicht als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden) Grundvertrag eingebunden sind, ist eine Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB auch nach der Mindermeinung nicht wegen § 310 Abs. 4 BGB ausgeschlossen.

### **c) Vertragstyp eigener Art**

Da sich die Mediationsvereinbarung keinem der im Bürgerlichen Gesetzbuch typisierten Verträge zuordnen lässt, wird sie von der Literatur ganz überwiegend zu recht als eigener Vertragstyp eingeordnet<sup>334</sup>, der ein Dauerschuldverhältnis eigener Art (§ 311 Abs. 1 BGB) begründet<sup>335</sup>. Aus der Qualifizierung der Mediationsklausel als Vertrag eigener Art folgt, dass für Me-

---

<sup>332</sup> Eidenmüller, Wirtschaftsmediation, S. 9, Fn. 24, zustimmend Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 31, Fn. 138.

<sup>333</sup> Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 232 sowie unter Fn. 75; vgl. Stürmer, S. 137 ff., der für eine teleologische Reduktion plädiert: kein Gesellschaftsvertrag im Sinn des § 310 IV 1 BGB.

<sup>334</sup> Dazu eingehend Hacke, ADR-Vertrag, S. 48 ff.

<sup>335</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 35; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 5; Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 19; von Schubert, Michael, in: Schiffer, Schiedsgerichtsverfahren und Mediation, S. 268, Rn. 823; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 143; für einen Vertrag sui generis ohne eindeutige materiell-rechtliche Zuordnung auch Hacke, ADR-Vertrag, S. 63 f.; Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, S. 87, Rn. 364; Hilbig-Lugani, ZRP 126 (2013), S. 463, 469; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 9; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 32.

diationsklauseln mangels Anwendbarkeit der Vorschriften für typisierte Verträge das allgemeine Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt<sup>336</sup>, d.h. alle Rechtsregeln, die die Entstehung und Wirksamkeit von Verträgen betreffen<sup>337</sup> wie der Allgemeine Teil und die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts. Für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses gelten maßgeblich die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ergänzend gelten die für alle Verträge anzuwendenden Vorschriften, insbesondere vertragstypunabhängige schuldrechtliche Regelungen.<sup>338</sup> Im Übrigen ist mangels Anwendbarkeit der Vorschriften für typisierte Verträge das allgemeine Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs anwendbar.<sup>339</sup> Das Mediationsgesetz stellt an den Vertragsschluss keine rechtlichen Anforderungen, da es die der Mediation zugrundeliegenden Absprachen nicht regelt. Die Vorschriften über den Vertragsschluss betreffen die Wirksamkeit der Klausel insgesamt.

Wie auch bei der Diskussion zwischen Einheitslösung und Einzelregelungslösung stellt sich die Frage, ob sich aus der Einordnung als Vertrag eigener Art Konsequenzen für das Verhältnis der einzelnen Abreden zueinander ergeben, insbesondere, wie sich die Unwirksamkeit eines Regelungsgegenstandes auf die Wirksamkeit der anderen Regelungsgegenstände bzw. auf die Wirksamkeit der ganzen Klausel auswirkt. Diese Frage ist davon zu unterscheiden, welche Auswirkungen die Unwirksamkeit der Mediationsklausel auf den Hauptvertrag hat oder umgekehrt.<sup>340</sup>

Besteht ein Vertrag aus verschiedenen Regelungen (wie es bei Mediationsklauseln und insbesondere Verfahrensordnungen der Fall ist), liegt die Annahme nahe, dass bei der Unwirksamkeit nur eines Teils der Mediationsklausel der Rest der Klausel wirksam bleibt. Nach der Auslegungsregel des § 139 BGB hat aber die Unwirksamkeit einzelner (materieller und prozessualer) Abreden im Zweifel die Unwirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge. Die Regelung will vermeiden, dass Vertragsparteien an einen Vertrag gebunden bleiben, den sie ohne die unwirksame Regelung nicht gewollt hätten.<sup>341</sup> Die Bindung an den Vertrag bleibt nur dann erhalten, wenn konkrete Anhaltspunkte auf den Willen der Parteien schließen lassen,

---

<sup>336</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 13 unter Fn. 17; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 59 ff.

<sup>337</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 1.

<sup>338</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 19; Hacke, ADR-Vertrag, S. 64.

<sup>339</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 13 unter Fn. 17; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 59 ff.

<sup>340</sup> Siehe dazu Teil 4, I., 4.

<sup>341</sup> Wendtland, in: BeckOK BGB, § 139, Rn. 1.



dass die Vertragsparteien die Wirksamkeit bei Kenntnis der Nichtigkeit der Teilregelung gewollt hätten.<sup>342</sup> Dieser Wille ergibt sich entweder aus einer konkreten Vereinbarung der Parteien oder es muss auf ihren im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermittelnden hypothetischen Willen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden.<sup>343</sup>

Ungeachtet der schuldrechtlichen Einordnung variieren die Bezeichnungen für den Vertrag und reichen vom materiell-rechtlichen Vertrag (mit prozessrechtlichen Elementen)<sup>344</sup>, über eine materiell- und prozessrechtliche Vereinbarung mit Doppelnatur<sup>345</sup>, bis zu einen zusammengesetzten Vertrag (Doppeltatbestand)<sup>346</sup> bzw. „typengemischten Vertrag“<sup>347</sup>. Beim Vertrag mit Doppelnatur sind materielle und prozessrechtliche Elemente untrennbar miteinander vermischt.<sup>348</sup> Beim zusammengesetzten Vertrag sind die verschiedenen Regelungselemente dagegen heterogen und unabhängig voneinander zu bewerten, was in der Regel durch den Begriff des Doppeltatbestands verdeutlicht wird.<sup>349</sup> Die Kategorie des Vertrags mit Doppelnatur beruht auf der vom Reichsgericht geprägten und später vom BGH übernommenen Einordnung der Schiedsvereinbarung als materiell-rechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen<sup>350</sup>, die die Literatur lange Zeit verwendete, um gesetzlich nicht geregelte verfahrensrechtliche Vereinbarungen zu umschreiben<sup>351</sup>. Diese Einordnung kann jedoch nicht zwingend für Mediationsvereinbarungen übernommen werden, zumal der BGH den Schiedsvertrag auch als Unterfall des Prozessvertrags einordnete, allerdings ohne auf die bisherige Rechtsprechung einzugehen.<sup>352</sup> In der Literatur wurde die Schiedsvereinbarung teilweise als Prozessvertrag<sup>353</sup>, teilweise materiell-rechtlich und teilweise als zusammengesetzter Vertrag/Doppeltatbestand oder Vertrag mit Doppelnatur eingeordnet<sup>354</sup>.

---

<sup>342</sup> BGH NJW 2009, 1135, 1137; NJW 2001, 815, 817; Wendtland, in: BeckOK BGB, § 139, Rn. 16.

<sup>343</sup> Ellenberger, in: Palandt, § 139, Rn. 14; Wendtland, in: BeckOK BGB, § 139, Rn. 16.

<sup>344</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, § 25, Rn. 18; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 143; Hilbig-Lugani, ZZP 126 (2013), 463, 469.

<sup>345</sup> Steffek, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, F Rn.5.

<sup>346</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 33; ohne die rechtlichen Konsequenzen dieser Einordnung zu benennen: Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 1, Rn. 26; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 229.

<sup>347</sup> Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 364.

<sup>348</sup> Wagner, Prozessverträge, S. 39 ff.

<sup>349</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 32 m.w.N.

<sup>350</sup> Mit Berufung auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung aus RGZ 144, 96, 98; 156, 101, 104 zum Beispiel BGHZ 23, 198, 200; BGHZ 40, 320, 322.

<sup>351</sup> So die Einschätzung von Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 32.

<sup>352</sup> BGHZ 99, 143, 147; BGH SchiedsVZ 2009, 233, 235.

<sup>353</sup> Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO, § 1029 Rn.5; Münch, in: MünchKomm ZPO, 5.Aufl. 2017, § 1029, Rn. 13.

<sup>354</sup> Übersicht der Literatur bei Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 7, Rn. 37 unter Fn. 133; zum Meinungsstand auch Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 32 unter Fn. 139.

Es liegt die Überlegung nahe, dass Vertreter der Einzelregelungslösung und solche, die einen Vertrag mit Doppelnatur annehmen (bei dem materielle und prozessrechtliche Elemente untrennbar miteinander vermischt sind<sup>355</sup>), von einem auf rechtliche Unabhängigkeit der einzelnen Abreden gerichteten Parteiwillen ausgehen – während die Einheitslösung von einer gewollten Unwirksamkeit der ganzen Regelung ausgehen müsste. Vereinzelt wird gemutmaßt, dass das eigentliche Ziel der Einheitstheorien bzw. der Annahme eines Vertrags mit Doppelnatur sei, die materiellen und prozessrechtlichen Anteile für den Fall ihrer teilweisen Unwirksamkeit in möglichst enge rechtliche Abhängigkeit zu bringen.<sup>356</sup> Nachweisen lässt sich diese Vermutung nicht. Ungeachtet einer Lagerzuordnung herrscht in der Literatur Uneinigkeit darüber, ob materielle und prozessuale Abreden nach § 139 BGB miteinander verbunden sind.<sup>357</sup> Andernorts wird, ohne die Anwendung des § 139 BGB zu thematisieren, danach unterschieden, ob die unwirksame Abrede von der Mediationsklausel abtrennbar ist. Im Kern handelt es sich aber um dieselbe Fragestellung.

Gegen eine Teilbarkeit wird argumentiert, dass die prozessualen Vereinbarungen nicht ohne die Verhandlungsvereinbarung geschlossen worden wären, sodass die gesamte Mediationsvereinbarung nichtig sei.<sup>358</sup> Für eine Teilbarkeit der Vereinbarung bzw. einen auf Teilbarkeit ausgerichteten Parteiwillen wird teilweise mit den entsprechenden richterlichen Grundsätzen zur Schiedsvereinbarung argumentiert<sup>359</sup>. Demnach soll grundsätzlich nicht die gesamte Vereinbarung nichtig sein; an die Stelle der unwirksamen Abrede träten vielmehr die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere die des Mediationsgesetzes.<sup>360</sup> Das kann allerdings nur für Absprachen gelten, für die rechtliche Vorschriften ergänzend eingreifen können. Hier ist anzunehmen, dass der Parteiwille nicht darauf gerichtet war, dass bei Unwirksamkeit eines Teils der Regelung die gesamte Vereinbarung unwirksam sein soll.<sup>361</sup> Das ist auch bei gesetzlich nicht

---

<sup>355</sup> Zu dieser Problematik beim Prozessvergleich ausführlich Wagner, Prozessverträge, S. 39 ff.

<sup>356</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 34.

<sup>357</sup> Für eine solche Rechtsfolge: Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S.11; Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 19; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 229; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 35; Keine Verbindung: Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 22; Wagner, Prozessverträge, S. 45 f.; wohl auch Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 52, allerdings nur für den Fall, dass eine einseitigen Regelung zur Bestimmung des Mediators getroffen wurde.

<sup>358</sup> Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 229.

<sup>359</sup> So für das Beispiel einer unwirksamen, weil einseitigen Regelung zur Bestimmung des Mediators: Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 52 mit Verweis auf BGH SchiedsVZ 2007, S. 163, 164, Rn. 16 und die entsprechende Rechtsfolge des § 1034 Abs. 2 ZPO für eine einseitig ausgestaltete Bestellung eines Schiedsrichters.

<sup>360</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 52.

<sup>361</sup> Zum Beispiel greifen die gesetzlichen Verjährungsvorschriften ein.

geregelten Absprachen nicht zwingend der Fall, beispielsweise bei dem Ausschluss der Klagbarkeit. Richtigerweise muss deshalb nach dem Inhalt der unwirksamen Regelung unterschieden werden. Auch in der Literatur wird vereinzelt so argumentiert: Bestimmte Klauselinhalte sind demnach so wesentlich für die Mediation, dass bei Unwirksamkeit dieser Regelung die ganze Vereinbarung nichtig sei – zum Beispiel, wenn ein Teil der vorformulierten Vereinbarung unwirksam ist, weil der Mediator bereits bestimmt wurde. Die besondere Vertrauensbeziehung zwischen den Parteien und dem Mediator verlange nämlich die uneingeschränkte Auswahlfreiheit, andernfalls werde ein Wesensmerkmal der Mediation außer Kraft gesetzt. Abtrennbar seien dagegen Festlegungen zum Verfahren und unangemessene Kostenregelungen.<sup>362</sup>

Diese Rechtsfolge wird aber eher die Ausnahme sein, da nur sehr wenige Regelungsinhalte für die Mediation so bedeutsam sind, dass mit ihnen die gesamte Mediationsvereinbarung stehen und fallen soll. Das gilt insbesondere für die Regelungsbereiche, die das Mediationsgesetz selbst gar nicht regelt. Hier kann davon ausgegangen werden, dass diese nicht wesentlich sein können, andernfalls hätte der Gesetzgeber sie selbst geregelt. Daher gilt der Grundsatz, dass der hypothetische Parteiwille in der Regel darauf gerichtet ist, die Mediationsvereinbarung bestehen zu lassen. Die Unwirksamkeit einzelner Abreden hat demnach nicht die Unwirksamkeit anderer Abreden oder sogar der ganzen Klausel zur Folge. Eine Ausnahme ist aber unter Umständen bei einer Unwirksamkeit des Klagbarkeitsausschlusses zu machen. Hier kann das Interesse der Parteien am Ausschluss einer gleichzeitigen Klage so groß sein, dass sie die Mediationsvereinbarung nicht ohne die entsprechende Vereinbarung geschlossen hätten.

Die vorstehenden Erwägungen gelten überdies nur für Individualvereinbarungen. Sind die betroffenen Musterklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten oder die Verfahrensordnung einseitig einbezogen, gelten hinsichtlich der Folgen der Unwirksamkeit einzelner Klauseln die spezielleren Grundsätze des AGB-Rechts.

## **II. Vertragspflichten aus der Mediationsklausel**

Eine Mediationsvereinbarung ist nach übereinstimmender Ansicht in der Literatur ein Vertrag zwischen den Konfliktparteien über die Durchführung und rechtlichen Rahmenbedingungen

---

<sup>362</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 185.

einer Mediation.<sup>363</sup> Damit ist auch die Mediationsklausel als unselbstständige Mediationsvereinbarung als vertragliche Absprache einzuordnen. Ob und welche vertraglichen Pflichten die Vertragsparteien treffen, ist bislang nicht eindeutig geklärt. Problematisiert wird in der Literatur wegen des in § 1 Abs. 1 MediationsG gesetzlich verankerten Prinzips der Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens, ob Mediationsklauseln überhaupt Rechtsverbindlichkeit entfalten und damit Rechtspflichten begründen können. Uneinigkeit herrscht desweiteren darüber, welche konkreten Vertragspflichten aus der Mediationsklausel folgen. Die Mediationsklausel enthält zwei Kerninhalte: die Vereinbarung zur gemeinsamen Durchführung eines alternativen Konfliktlösungsverfahrens und einen Klagbarkeitsausschluss. Welche Pflichten die Vertragsparteien haben, ergibt sich primär aus der Formulierung der konkreten Mediationsvereinbarung.<sup>364</sup> Werden die aus der Klausel resultierenden Pflichten nicht deutlich<sup>365</sup>, sind diese durch Auslegung zu ermitteln<sup>366</sup>, wobei der Parteiwille das wesentliche Kriterium ist, §§ 133, 157 BGB. Darüber hinaus ist im Konfliktfall auch eine vertragspflichtbezogene richterliche Vertragsauslegung möglich.<sup>367</sup>

Die Bestimmung der Pflichten aus der Mediationsklausel ist zum einen bedeutsam, um zu beurteilen, ob eine Erfüllung gemäß § 362 BGB und damit das Erlöschen der Mediationsklausel und die damit verbundenden Ansprüche und Pflichten eingetreten ist. Mit dem Erlöschen der Mediationsklausel entfällt auch der Klagbarkeitsausschluss, sodass den Parteien der Rechtsweg offensteht.<sup>368</sup> Zum anderen spielt die Art der Vertragspflichten auch im Rahmen der Pflichtverletzung für die Geltendmachung von Schadensersatz und bei der Durchsetzbarkeit der Mediationsklausel und der Wahl der richtigen Klageart eine Rolle.

---

<sup>363</sup> Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 227 m.w.N.; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 3; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 1, Rn. 26; schon Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 12; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 132; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 24; Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz S. 47,51; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 1.

<sup>364</sup> Hilbig-Lugani, Z郑 126 (2013), S. 463, 481; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3 Rn. 78; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 19.

<sup>365</sup> Dazu Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 461.

<sup>366</sup> Hilbig-Lugani, Z郑 126 (2013), S. 463, 481.

<sup>367</sup> Zum rechtlichen Rahmen Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 19.

<sup>368</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 80: den Beweis für die Erbringung der Handlungen muss die klagende Partei leisten.

## 1. Rechtsverbindlichkeit von Mediationsklauseln – Verstoß gegen das Prinzip der Freiwilligkeit?

Die Frage nach den Rechtspflichten ist eng mit der Frage nach der Rechtsverbindlichkeit von Verträgen verknüpft. Für die Rechtsverbindlichkeit ist maßgeblich, ob ein entsprechender Rechtsbindungswille der Parteien vorliegt.<sup>369</sup> Anknüpfungspunkt für diesen Willen sind die Umstände des Vertrags, insbesondere aber die konkrete Formulierung der Mediationsklausel. Die Vereinbarung zur Durchführung des Mediationsverfahrens ist in den Musterklauseln der institutionellen Anbieter unterschiedlich verbindlich formuliert und reicht von „Miteinander verhandeln“<sup>370</sup>, „Streitigkeiten (...) einvernehmlich beigelegt“<sup>371</sup> über „führen (...) Mediationsverfahren (...) durch“<sup>372</sup> zu „verpflichten sich (...) faire Vereinbarung (...) zu erarbeiten“<sup>373</sup>.

Grundsätzlich ist im Rechtsverkehr von Unternehmen davon auszugehen, dass diese rechtsverbindliche Verträge schließen wollen, unverbindliche Verträge sind die Ausnahme.<sup>374</sup> In einer Mediationsklausel verpflichten sich die Parteien in der Regel zur Durchführung eines Mediationsverfahrens – einem Verfahren, dessen Durchführung freiwillig ist. Ob eine solche Verpflichtung mit dem Prinzip der Freiwilligkeit aus § 1 Abs. 1 MediationsG vereinbar ist oder ob dieses der Annahme einer Rechtsverbindlichkeit entgegensteht, wird in der Literatur ganz überwiegend zugunsten der Vereinbarkeit entschieden.

Das Prinzip der Freiwilligkeit ist in § 1 Abs. 1 MediationsG als Wesensmerkmal der Mediation verankert und an verschiedenen Stellen abgesichert, etwa durch die Pflicht des Mediators, die Freiwilligkeit zu prüfen (§ 2 Abs. 2 MediationsG) und die Möglichkeit der Parteien, das Verfahren jederzeit zu beenden (§ 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG). Ausweislich der Gesetzesbegründung beinhaltet das Prinzip der Freiwilligkeit, dass die Parteien grundsätzlich selbst entscheiden, ob sie eine Mediation durchführen wollen. Zu einer durch die Parteien selbst auferlegten Verpflichtung nimmt der Gesetzgeber zwar keine Stellung; er folgert aber aus Art. 3 a) der Mediationsrichtlinie, dass selbst eine extern von Dritten auferlegte Verpflichtung zur Mediation (der Gesetzgeber zählt hierzu die vom Gericht angeordnete, vorgeschlagene oder gesetzliche

---

<sup>369</sup> Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 461.

<sup>370</sup> Mediationsklausel BMWA.

<sup>371</sup> Mediationsklausel bei Hund v. Hagen, Formularbuch Recht und Steuern, A 13.02.

<sup>372</sup> Eucon-Mediationsklausel; ähnlich Mediationsklausel des DGMW; Mediationsvereinbarung der DIS.

<sup>373</sup> „Schlichtungsklausel“ des BMEV.

<sup>374</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 13.

vorgesehene Mediation) dem Prinzip der Freiwilligkeit nicht entgegensteht, solange die Parteien weiterhin berechtigt sind, die Mediation jederzeit zu beenden.<sup>375</sup> Auch in der Literatur wird ganz überwiegend vertreten, dass Einschränkungen der Freiwilligkeit – insbesondere durch eine Verpflichtung zur Einleitung des Verfahrens – zulässig sind, solange den Parteien eine jederzeitige Beendigungsmöglichkeit verbleibt und sie nicht zu einer Lösung verpflichtet werden.<sup>376</sup> Der Erwägungsgrund Nr. 13 der Mediationsrichtlinie gebiete, den Begriff der Freiwilligkeit auf das „Wie“ und nicht auf das „Ob“ des Verfahrens zu beziehen.<sup>377</sup> Freiwilligkeit müsse daher nur im Mediationsverfahren und nicht bei dessen Einleitung vorliegen.<sup>378</sup> Die Parteien können sich deshalb kraft ihrer Parteiautonomie auch vertraglich zu einer Mediation verpflichten.<sup>379</sup> Dass ein aus freiem Willen geschlossener Vertrag Pflichten auslöse, mache ihn nicht zu einem Zwangsakt.<sup>380</sup> Auch wenn die spätere Teilnahme an der Mediation dann möglicherweise nur aufgrund dieser Verpflichtung und damit unfreiwillig im engeren Sinn erfolge, sei die Teilnahme ihrem Ursprung nach freiwillig, da sich die Parteien freiwillig einer solchen Verpflichtung unterworfen hätten.<sup>381</sup> Wenn die Unterwerfung unter eine Klausel freiwillig gewesen ist, sei die anschließende Durchsetzung nur noch ein Vollzug der *lex contractus*.<sup>382</sup> Eine

---

<sup>375</sup> BT- Drs. 17/5335, S. 14.

<sup>376</sup> Greger, ZRP 2010, S. 209, 212; Ade/Alexander, 4. Teil, Rn. 415; für eine Aufgabe des Freiwilligkeitsprinzips sogar Marx, ZKM 2010, S. 132, 136; Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 71; Carl, in: Trenczek/Berning/Lenz/Will, Kap. 4.6.4, Rn. 4, der auf Art.3a) S.2 EU-MediationsRiLi verweist; Hinrichs, in: Praxishandbuch Mediationsgesetz, S. 42, Rn. 71; dazu kritisch als Überschneidung der Wortlautgrenze Risse, SchiedsVZ 2012, S. 244, 246.

<sup>377</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 40.

<sup>378</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn.122; für eine teleologische Reduktion des § 2 Abs. 2 MediationsG im Hinblick auf die Freiwilligkeit in Fällen präventiver Mediationsabreden noch in der Voraufgabe Unberath, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 2, Rn. 13; Greger, in: SchiedsVZ 2016, S. 306.

<sup>379</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 33; Greger, in: SchiedsVZ 2016, S. 306; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 15; Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap.1, Rn. 18; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3 Rn. 44; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 1, Rn. 21; Goltermann/Hagel/Klowait/Levien, SchiedsVZ 2012, 299, 301; Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz § 1, Rn. 14; Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 90; von Schubert, Michael, in: Schiffer, Schiedsgerichtsverfahren und Mediation, S. 270, Rn. 825; Hinrichs, in: Praxishandbuch Mediationsgesetz, S. 42, Rn. 71; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 329.

<sup>380</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn.15.

<sup>381</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 44; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 1, Rn. 21; Goltermann/Hagel/Klowait/Levien, SchiedsVZ 2012, S. 299, 301; Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz § 1, Rn.14; Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 90; Hinrichs, in: Praxishandbuch Mediationsgesetz, S. 42, Rn. 71; Eidenmüller, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, S. 31, 54.

<sup>382</sup> So schon lange vor Inkrafttreten des MediationsG Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001, S. 12.

Verpflichtung sei insbesondere zulässig, wenn dem Vertragspartner die Wahlmöglichkeit zwischen Mediation und Prozess erhalten bleibe. Dem Vertragspartner werde dadurch eine Möglichkeit eröffnet, den Rechtsweg zu vermeiden.<sup>383</sup>

Der Verzicht auf einen gesetzlichen Mediationszwang sage nichts über die Befugnis der Parteien aus, sich ihrer Freiheit zu begeben und sich wirksam zur Einleitung einer Mediation zu verpflichten.<sup>384</sup> Die durch § 2 Abs. 5 MediationsG festgelegte jederzeitige Beendigungsmöglichkeit widerspreche dem nicht. Denn eine Mediation lasse sich erst beenden, nachdem sie begonnen hat.<sup>385</sup> Auch die mitunter unklaren rechtlichen Beendigungsmöglichkeiten stünden der Annahme eines rechtsverbindlichen Vertrages nicht entgegen, wie § 627 Abs. 1 BGB zeige.<sup>386</sup> Vertragspflichten sollten aber nur dazu dienen, das Verfahren in Gang zu bringen, also etwa an der ersten Mediationssitzung teilzunehmen. Keinesfalls dürften sie an die Beendigung der Mediation gekoppelt werden, eine Beendigung des Verfahrens müsse wegen der Bedeutung der Freiwilligkeit für das Mediationsverfahren jederzeit sanktionslos möglich sein.<sup>387</sup>

Für eine wirksame Verpflichtung zur Einleitung des Verfahrens werden auch verhandlungstaktische Erwägungen angeführt: Konfliktparteien fänden erfahrungsgemäß eine Lösung für ihren Konflikt, wenn sie miteinander Gespräche beginnen.<sup>388</sup> Parteien befolgten Klauseln freiwillig, wenn sie diese für verbindlich erachten.<sup>389</sup>

Da es lange keine gerichtlichen Entscheidungen zu Mediationsklauseln gab, wurde die Rechtsprechung des BGH zu Schlichtungsklauseln als Argument für die Verbindlichkeit von Mediationsklauseln auch herangezogen. Die Verpflichtung zur Einleitung des alternativen Streitverfahrens entfällt laut BGH nicht deshalb, weil eine der Vertragsparteien im Nachhinein das Interesse an einer gütlichen Einigung verloren hat. Auch in einem solchen Fall könne nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass diese Vertragspartei unter Mitwirkung eines Dritten das Interesse an einer gütlichen Einigung zurückgewinne.<sup>390</sup>

---

<sup>383</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 19.

<sup>384</sup> Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 1, Rn. 18.

<sup>385</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 58; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 47.

<sup>386</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 15.

<sup>387</sup> Hinrichs, in: Praxishandbuch Mediationsgesetz, S. 41, Rn. 66.

<sup>388</sup> Greger, in: SchiedsVZ 2016, S. 306, 307.

<sup>389</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 27.

<sup>390</sup> BGH NJW-RR 2009, S. 637, Rn. 39.

Daraus folgert die Literatur, dass der BGH die Verbindlichkeit einer Mediationsvereinbarung unter Berufung auf seine Urteile bejahen würde, sofern die Klausel hinreichend deutlich mache, dass die Parteien vor Klageerhebung eine Mediation durchführen sollten.<sup>391</sup>

Der Literatur ist darin zuzustimmen, dass die Freiwilligkeit nicht schon deshalb zu verneinen ist, weil im Konfliktfall keine Gesprächsbereitschaft mehr besteht. Die Parteien haben sich in Ausübung ihrer Privatautonomie noch vor Entstehung des Konflikts freiwillig dazu entschieden, sich an eine präventive Mediationsvereinbarung zu binden. Diese wurde genau für den Fall und in dem Bewusstsein der Parteien geschlossen, dass sie sich im Konfliktfall nicht noch zusätzlich über das weitere Verfahren auseinandersetzen müssen und sich gegebenenfalls nicht darauf einigen können. Insofern wurde die möglicherweise später geschwächte Einigungsbereitschaft sogar berücksichtigt.

Die Mediationsvereinbarung in Form der Mediationsklausel ist hier kein externer Zwang, sondern folgt aus der freien Entscheidung der Parteien, die genau für diesen Fall eine Regelung treffen wollten. Eine Teilnahmepflicht vor dem ersten Treffen mit Verweis auf die nicht mehr vorliegende Freiwilligkeit zu verneinen, würde diesen ursprünglichen eigenverantwortlichen und freien Willen der Parteien negieren sowie jede präventive Vereinbarung zur alternativen Streitbeilegung sinnlos machen. Auch die Gesetzesbegründung stützt diese Sichtweise. Wenn der Gesetzgeber schon eine von Dritten auferlegte Verpflichtung zur Einleitung der Mediation für zulässig hält, muss das erst recht für eine entsprechende Vereinbarung durch die Parteien gelten, zumal der Gesetzgeber die Bedeutung der Autonomie der Parteien in der Mediation besonders hervorhebt: Demnach bleiben die Parteien während des gesamten Verfahrens für die zur Konfliktbeilegung getroffenen Maßnahmen und Absprachen und insbesondere auch für den Inhalt der abschließenden Vereinbarung verantwortlich.<sup>392</sup> Das muss auch für Absprachen gelten, die die Grundlage des Mediationsverfahrens bilden. Das Prinzip der Freiwilligkeit steht damit der Rechtsverbindlichkeit von Mediationsklauseln nicht entgegen. Wie jeder Vertrag verpflichtet die Mediationsklausel die Parteien daher, vorbehaltlich anderweitiger Anhaltspunkte, zur Durchführung ihrer Vereinbarung.<sup>393</sup>

---

<sup>391</sup> Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 458.

<sup>392</sup> BT-Drs. 17/5335, S. 14.

<sup>393</sup> Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 69, 75.



## 2. Konkretisierung der Vertragspflichten

Für ein erfolgreiches Mediationsverfahren sind zahlreiche Handlungen der Konfliktparteien erforderlich, angefangen mit der Einleitung des Verfahrens über das Erscheinen zu Mediations-sitzungen, anderen Mitwirkungsakten wie der Informationspreisgabe oder die Wahrung der Vertraulichkeit bis hin zum Beitrag zu einer einvernehmlichen Konfliktbeilegung. Die meisten Mustermediationsklauseln belassen es bei der mehr oder weniger verpflichtend formulierten Vereinbarung zur Durchführung des Mediationsverfahrens und konkretisieren die Vertragspflichten nicht. Diese ergeben sich daher nur aus der Absprache zur Durchführung des Mediationsverfahrens vor Klageerhebung.<sup>394</sup>

Die Vereinbarung der Konfliktparteien über die Durchführung des Mediationsverfahrens im Konfliktfall ist Kerninhalt aller Mediationsvereinbarungen. Diese Vereinbarung enthält zwei Elemente: Die Vereinbarung eines Mediationsverfahrens als alternatives Konfliktlösungsverfahren und die Abrede einer gemeinsamen Verhandlung und Lösungsfindung. Die weitere Vereinbarung, vor Durchführung des Mediationsverfahrens keine Klage zu erheben, ist als Unterlassungspflicht einzuordnen. Ein Verstoß gegen diese Pflicht liegt dann in der abredewidrig erhobenen Klage.

Schwieriger sind dagegen die Verhaltenspflichten zu bestimmen, die aus der Vereinbarung zur Durchführung des Mediationsverfahrens folgen.

### a) Verpflichtung zur Lösungsfindung?

Das Schrifttum ist sich einig, dass diese Vereinbarung die Parteien nicht zu einer Einigung oder Lösung verpflichtet. Die Parteien verpflichten sich lediglich zum Versuch der Lösungssuche, nicht zur Lösung selbst.<sup>395</sup> Der Parteiwille ist nur darauf gerichtet, vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens eine Konfliktbeilegung durch das Mediationsverfahren zu versuchen.<sup>396</sup> Dieses Verständnis wird auch durch die Formulierung des § 1 Abs. 1 MediationsG gestützt, wonach die Vertragsparteien eine Lösung des Konflikts lediglich „anstreben“, also weder zur Lösungsfindung noch zur Einigung verpflichtet sind.<sup>397</sup> Eine andere Sichtweise wäre auch nicht

---

<sup>394</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 4.

<sup>395</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 46; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47; ähnlich Nelle, Neuverhandlungspflichten, S. 17: Neuverhandlungspflicht ist keine Zustimmungspflicht; wohl auch Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 230.

<sup>396</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 96.

<sup>397</sup> Kein „Kontrahierungszwang“: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 1, Rn. 15; Trenczek in: Trenczek/ Berning/Lenz/Will, Kapitel 1.1, Rn. 26.

mit den Grundsätzen des Mediationsverfahrens vereinbar. Dieses zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sich die Konfliktparteien in einen Verständigungsprozess begeben, an dessen Ende eine Lösung stehen kann, aber wegen der Eigenverantwortung der Parteien bei der Lösungsfindung nicht zwingend steht. Eine Verpflichtung zur Lösung ist anders als der Versuch der Lösungssuche mit den Prinzipien der Eigenverantwortlichkeit und Freiwilligkeit des Verfahrens nicht vereinbar.

## **b) Mitwirkungs- und Teilnahmepflichten**

Was die Parteien einander stattdessen schulden, wird in der Literatur unterschiedlich genau beantwortet. Die Parteien treffe eine „Verfahrensförderungspflicht“<sup>398</sup>, nach der die Parteien alles tun müssen, um die Einleitung und Durchführung des Mediationsverfahrens zu ermöglichen und alles unterlassen, was den Zweck der Mediation gefährden könnte.<sup>399</sup> Insoweit wird auf die aus einem Schiedsvertrag folgenden Vertragspflichten verwiesen.<sup>400</sup> Im Zusammenhang mit Schieds- und Schlichtungsvereinbarungen wurde vom BGH betont, dass die Vertragspartner Parteien alles Erforderliche tun müssten, um das Zustandekommen des Schiedsspruchs zu fördern.<sup>401</sup>

In eine ähnliche Richtung geht die Ansicht, dass aus der Mediationsvereinbarung eine „Verhandlungspflicht“ folge, die die Parteien zur Mitwirkung bei der Einleitung und bei der Durchführung des Verfahrens verpflichte.<sup>402</sup> Die Parteien treffen daher richtigerweise in erster Linie Mitwirkungspflichten, die die Grundlage für ein gelingendes Verfahren schaffen.

Das sind zunächst Handlungen, die den formellen Verfahrensablauf gewährleisten, insbesondere **Mitwirkungshandlungen bei der Einleitung des Verfahrens**. Das betrifft die Mitwirkung bei der Auswahl und Beauftragung des Mediators<sup>403</sup>, die Zahlung des Kostenvorschusses<sup>404</sup>, die Mitwirkung bei der Organisation des ersten Mediationstermins, wie die Vereinbarung des

---

<sup>398</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 138.

<sup>399</sup> Hacke, S. 46, Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 138; Fischer plädiert jedoch dafür, dass „alles“ nur beim Unterlassen geschuldet ist, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47.

<sup>400</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 138.

<sup>401</sup> So schon zu Schiedsvereinbarungen RGZ 74, 321, 322; BGHZ 23, 198, 200; BGHZ 38, 254, 258; BGHZ 41, 104, 108; BGH NJW 1971, 888, 890; ebenso zu Schlichtungsklauseln BGH NJW 1999, 647, 648.

<sup>402</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 4, „formelle Verhandlungspflicht“ Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 464.

<sup>403</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung § 1, Rn. 188; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 4; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, § 25, Rn. 47; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Kap. 3, Rn. 78.

<sup>404</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 138; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, § 25, Rn. 47; Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 90; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Kap. 3, Rn. 78.

Ortes und der Zeit und die Mitwirkung bei Abschluss des Mediatorvertrags<sup>405</sup>. Ebenso besteht die Pflicht zur Bereitstellung von Unterlagen, die der Vorbereitung der ersten Mediationssitzung dienen oder vom Mediator angefordert wurden<sup>406</sup> (z.B. ein „Statement“, das den Konflikt kurz zusammenfasst<sup>407</sup>). Auch besteht eine Pflicht zur Übernahme der anteiligen Kosten<sup>408</sup>, die in der Regel aber auch in den meisten Musterklauseln ausdrücklich festgelegt ist.

Nach Einleitung des Mediationsverfahrens werden die Mitwirkungspflichten vor allem zu **Teilnahmepflichten**: Eine Pflicht zur Teilnahme am gesamten Mediationsverfahren besteht nach allgemeiner Ansicht in der Literatur nicht, lediglich eine Pflicht zur Teilnahme an der ersten Mediationssitzung.<sup>409</sup> So ist es auch in einigen Mustermediationsklauseln ausdrücklich vorgesehen.<sup>410</sup> Gefordert wird bisweilen auch die verpflichtende Teilnahme an vertraulichen Einzelsitzungen mit dem Mediator.<sup>411</sup> Aufgrund der Freiwilligkeit (§ 1 Abs. 1 MediationsG) und jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit (§ 2 Abs. 5 MediationsG) darf allerdings jede Partei von den ersten Minuten der Eröffnungssequenz bis unmittelbar vor der Unterzeichnung der Abschlussvereinbarung das Mediationsverfahren grundsätzlich ohne Angabe von Gründen und ohne Konsequenzen abbrechen.<sup>412</sup> Angesichts dessen stellt sich die berechtigte Frage, ob die Teilnahmepflicht dadurch zu einer „Pflicht ohne Inhalt“<sup>413</sup> wird. Dagegen sprechen die bereits für die Annahme einer Rechtsverbindlichkeit angeführten Argumente: Eine Pflicht zur Teilnahme an der ersten Mediationssitzung widerspricht § 2 Abs. 5 MediationsG nicht<sup>414</sup>, sondern fördert vielmehr die Chancen auf eine Konfliktbeilegung, indem sie die Parteien gemeinsam

---

<sup>405</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 90; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Kap. 3, Rn. 78.

<sup>406</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Kap. 3, Rn. 78.

<sup>407</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 90.

<sup>408</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 188; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, § 25, Rn. 47.

<sup>409</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht, S. 9; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 188; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 142; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, § 25, Rn. 47; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Kap. 3, Rn. 78; Hilbig-Lugani ZP 126 (2013), S. 463, 489.

<sup>410</sup> Siehe § 13 Abs. 4 EUCON-Mediationsordnung; Punkt 7 der Mediationsklausel des DGMW.

<sup>411</sup> Eidenmüller, Unternehmenssanierung S. 792; Tochtermann, ZPInt 11 (2006), S. 429, 464; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322.

<sup>412</sup> Weil ein einseitig unbegründeter Abbruch mitunter sehr unbefriedigend für alle Beteiligten sein kann, kann eine Begründungspflicht für abbruchwillige Parteien in die Mediationsvereinbarung aufgenommen werden: Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 198.

<sup>413</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 90.

<sup>414</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn. 261; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 47; das gilt zumindest gegenüber Unternehmern; gegenüber Verbrauchern ist umstritten, ob eine solche Regelung in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen werden kann, dazu Töben, RNotZ 2013, S. 321, 341 m.w.N.; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322.

an den Verhandlungstisch führt, weil sich diese verpflichtet *fühlen*.<sup>415</sup> Davon ist die Frage zu trennen, ob diese Pflicht im Fall einer Weigerung durch eine Vertragspartei auch praktisch sinnvoll eingeklagt werden kann.<sup>416</sup> Die Antwort hat indes keinen Einfluss auf die grundsätzliche Bejahung der Teilnahmepflicht bezüglich der ersten Mediationssitzung.

Zu weit geht die Ansicht, nach der die Parteien zur Teilnahme an allen Phasen des Mediationsverfahrens verpflichtet sein sollen, wobei auch diese Ansicht einräumt, dass die andere Partei aber lediglich die Mitwirkung an der Auswahl des Mediators, die Zahlung des Kostenvorschusses sowie die Teilnahme an der ersten Mediationssitzung und entsprechender Kostenübernahme effektiv verlangen könne.<sup>417</sup> Eine derart weite Teilnahmepflicht ist mit der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit der Parteien aus § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG nicht vereinbar.

In Ausnahmefällen ist eine vertragliche Teilnahmepflicht abzulehnen, beispielsweise, wenn eine Vertragspartei zwar mediationswillig ist, aber die Einleitung des Mediationsverfahrens, d.h. den Honorarvorschuss für den Mediator, nicht finanzieren kann.<sup>418</sup> Eine Klage kann diese Partei wegen des regelmäßig vereinbarten Klageausschlusses nicht erheben – diese würde nach derzeit herrschender Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung als derzeit unzulässig abgewiesen werden. Die Einhaltung der Mediationsklausel führt dann zur einer Versagung des Rechtsschutzes für die rechtssuchende Partei.<sup>419</sup>

Eine neben den genannten Mitwirkungs- und Teilnahmepflichten inhaltliche oder „materielle“<sup>420</sup> **Pflicht zur Verhandlung** ist abzulehnen. Vereinzelt wird versucht, eine materielle Verhandlungspflicht positiv zu umschreiben: Geschuldet sei das ernsthafte Bemühen um eine Einigung.<sup>421</sup> Zu recht wird gegen eine Verhandlungspflicht eingewendet, dass daraus kaum positive Pflichten abgeleitet werden können.<sup>422</sup> Außerdem widerspreche die Definition eines klar umrissenen Pflichtenprogramms der aus der allgemeinen Vertragsfreiheit folgenden Freiheit, auch die auf den Abschluss eines (Vergleichs-)Vertrags abzielenden Verhandlungen frei zu führen.

---

<sup>415</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 27; Greger, in: SchiedsVZ 2016, S. 306, 307; Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 90.

<sup>416</sup> Siehe Teil 5, II.

<sup>417</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, § 25, Rn. 47.

<sup>418</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 41.

<sup>419</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 41.

<sup>420</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91.

<sup>421</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 139; so auch Berger für Neuverhandlungsklauseln, RIW 2000, S. 1, 7.

<sup>422</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91.

### c) Wahrheitspflicht

Die Ablehnung einer materiellen Verhandlungspflicht schließt indes nicht aus, dass die Parteien Pflichten vereinbaren, die zum Gelingen einer Verhandlung beitragen. Das sind einerseits Unterlassungspflichten, wie das Verbot vorsätzlicher Täuschungen oder widerrechtlicher Drohungen<sup>423</sup>. Als Kehrseite trifft die Parteien darüber hinaus eine **Wahrheitspflicht** bezüglich vorgetragener Tatsachen.<sup>424</sup> Nur so könne sich der Mediator ein umfassendes Bild über die Interessen der Parteien verschaffen und die Kommunikationsbarrieren durchbrechen.<sup>425</sup> Stünde es im Belieben der Parteien an vertraulichen Einzelsitzungen teilzunehmen oder Fragen des Mediators zu beantworten, könne die Mediation ihren mit der alternativen Streitbeilegungsklausel intendierten Zweck nicht erfüllen.<sup>426</sup> Es bestehe kein schützenswertes Interesse der Partei, bestimmte Umstände zu verschweigen oder die Unwahrheit zu sagen, da der Mediator zur Verschwiegenheit verpflichtet sei und ohne Zustimmung der Partei ohnehin keine vertraulichen Informationen an die Gegenseite weitergeben dürfe.<sup>427</sup>

Eine darüber hinausgehende Offenlegungspflicht ist abzulehnen.<sup>428</sup> Zu recht wird gegen eine solche argumentiert, dass sie die Gefahr erhöhe, dass eine Partei ein Mediationsverfahren allein mit dem Ziel durchführe, von der anderen Partei Informationen zu erlangen.<sup>429</sup> Auch würde die Bestandskraft eines die Mediation abschließenden Mediationsvergleichs gefährdet, da dessen Anfechtbarkeit nach § 123 BGB drohe.<sup>430</sup> Das reduziere wahrscheinlich drastisch die Bereitschaft, überhaupt Mediationsvereinbarungen abzuschließen.<sup>431</sup>

Auch eine Pflicht zur sachbezogenen Stellungnahme<sup>432</sup> ist abzulehnen. Eine solche würde praktisch eine Verpflichtung zur Teilnahme mindestens bis zur Phase der Interessenklärung und damit häufig über die erste Mediationssitzung hinaus bedeuten. Gegen diese Pflicht wird berechtigterweise eingewendet, dass der Wille der Parteien bei einer Mediationsvereinbarung lediglich darauf gerichtet sei, sich trotz späteren Unwillens von einer Mediation doch

---

<sup>423</sup> Eidenmüller, Unternehmenssanierung, S. 709 ff.; Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91.

<sup>424</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S.139; Hacke, ADR-Vertrag, S. 46.

<sup>425</sup> Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 464.

<sup>426</sup> Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 464.

<sup>427</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 90.

<sup>428</sup> Unverhältnismäßig: Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 139; a.A. wohl Hacke, ADR-Vertrag, S. 46: „die wesentlichen Informationen offenzulegen“, ohne weitere Ausführungen.

<sup>429</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 139.

<sup>430</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 139.

<sup>431</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 139.

<sup>432</sup> Dafür ohne weitere Begründung Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322.

noch überzeugen zu lassen und eine Erörterung in der Sache hierfür nicht erforderlich sei. Eine Verhandlungspflicht oder ein Einstieg in die Interessenklärung ist daher abzulehnen.<sup>433</sup>

#### **d) Zusammenfassung**

Aus der Mediationsklausel folgen daher in erster Linie Mitwirkungspflichten bei der Einleitung des Mediationsverfahrens und eine Teilnahmepflichten bezüglich der ersten Mediationssitzung. Desweiteren sind die Parteien zur Wahrheit und zum Unterlassen von Täuschungen oder Drohungen verpflichtet. Ohne vertragliche Konkretisierung der Vertragspflichten sind Vertragsparteien rechtlichen Unsicherheiten ausgesetzt, da umstritten ist, welche Pflichten aus der Mediationsklausel folgen.<sup>434</sup> Die Bestimmung der Vertragspflichten ist für deren Erfüllung und Durchsetzbarkeit hilfreich, wenngleich nicht zu leugnen ist, dass die Formulierung durchsetzbarer „Mediationspflichten“ schwierig ist<sup>435</sup>: Bei der Einleitung des Verfahrens mag das noch gelingen, da die dazu erforderlichen Handlungen wie die Auswahl des Mediators, die Zahlung von Kostenvorschüssen usw. noch konkret benannt werden können. Anders ist das bezüglich der Pflichten im laufenden Mediationsverfahren. Hier hilft der Mediator den Parteien dabei, in einen konstruktiven Verständigungsprozess zu gelangen, um zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen.

### **Teil 3: Rechtswirkungen von Mediationsklauseln**

Mediationsklauseln als vorsorgliche Mediationsvereinbarungen enthalten im Regelfall zwei Absprachen<sup>436</sup>: Die Vereinbarung eines Mediationsverfahrens sowie die Abrede, vor und während des Mediationsverfahrens keine Klage zu erheben. Die aus diesen Vereinbarungen folgenden Pflichten und Rechtswirkungen sind Gegenstand des folgenden Abschnitts. Je nach konkreter Parteivereinbarung können Mediationsklauseln zahlreiche weitere Rechtsfolgen begründen, zum Beispiel hinsichtlich der Verjährung oder der Vertraulichkeit. Diese folgen jedoch nicht aus Mediationsklauseln per se und werden daher in diesem Abschnitt nicht erläutert.

---

<sup>433</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 79.

<sup>434</sup> Siehe Teil 2, II.

<sup>435</sup> So schon Nelle/Hacke, ZKM 2002, S. 257, 260.

<sup>436</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 80.

## **I. Prozessuale Wirkungen von Mediationsklauseln**

Zu den prozessualen Rechtswirkungen einer Mediationsklausel gehören zum einen die Auswirkungen auf ein laufendes gerichtliches Verfahren. Zum anderen die Auswirkungen auf die Einleitung anderer rechtsschützender Verfahren wie der einstweilige Rechtsschutz oder die Erhebung eines schiedsgerichtlichen Verfahrens sowie das selbstständige Beweisverfahren. Wie sich die Vereinbarung eines Mediationsverfahrens auf laufende oder künftige rechtsschützende Verfahren auswirkt, ist nicht gesetzlich geregelt. Die Meinungen dazu in Literatur und Rechtsprechung sind nicht einheitlich. Insbesondere die Auswirkungen einer Mediationsvereinbarung auf eine entgegen der Mediationsvereinbarung erhobene Klage sind in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten.

### **1. Auswirkungen auf laufende Gerichtsverfahren**

Bei ad hoc im Konfliktfall getroffenen Mediationsvereinbarungen kann es vorkommen, dass die Konfliktparteien bereits Klagegegner in einem gerichtlichen Verfahren sind. § 278a ZPO zeigt, dass eine bereits rechtshängige Streitigkeit eine Mediation nicht ausschließt. Allerdings regelt § 278a ZPO den Fall, dass die Mediation durch das Gericht vorgeschlagen wird und die Parteien daraufhin eine Mediation vereinbaren. Wenn sich die Parteien auf Anraten des Gerichts für eine Mediation entscheiden, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens gemäß §§ 278a Abs. 2 i.V.m. 251 ZPO an.<sup>437</sup> Vereinbaren die Parteien ohne gerichtliche Initiative ein Mediationsverfahren, setzt eine Ruhensanordnung durch das Gericht nach § 278a ZPO voraus, dass das Gericht von der Mediationsvereinbarung erfährt. Alternativ haben die Parteien die Möglichkeit, gemeinsam das Ruhen des Verfahrens nach § 251 ZPO bei Gericht zu beantragen. Ob das Mediationsverfahren auch parallel zum Gerichtsverfahren betrieben werden darf, ist nicht klar.<sup>438</sup> Bei Mediationsklauseln als präventiven Mediationsvereinbarungen stellt sich dieses Problem in der Regel nicht, da sie sich ihrer Natur nach nur auf zukünftige Konflikte beziehen, die im Zusammenhang mit einem (zusammen mit der Mediationsklausel geschlossenen) Hauptvertrag bestehen. Gerichtliche Auseinandersetzungen im Hinblick auf diese Vertragspflichten können demnach zu diesem Zeitpunkt noch nicht stattgefunden haben.

---

<sup>437</sup> Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 17/5335, S. 21; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 278a ZPO, Rn. 1 ff.

<sup>438</sup> Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, S. 305, 307.

Auch bereits laufende Verfahren berühren grundsätzlich Streitgegenstände, die außerhalb des gerade im Zusammenhang mit der Mediationsklausel getroffenen Vertrags begründet sind, und können schon deshalb nicht Gegenstand der Mediationsklausel sein. Sollen ausnahmsweise nach der konkreten Parteivereinbarung und dem Willen der Vertragsparteien von der Mediationsklausel auch bereits entstandene Konflikte einer Mediation zugeführt werden, handelt es sich um eine ad hoc Mediationsvereinbarung, die nach Klageerhebung getroffen wird.

Entsprechend selten ist in Mustermediationsklauseln der Umgang mit bereits eingeleiteten rechtsschützenden Verfahren geregelt. Nur vereinzelt ist die Regelung zu finden, dass das gerichtliche Verfahren für die Dauer des Mediationsverfahrens ruhen soll<sup>439</sup> bzw. die Parteien sich verpflichten, vor Gericht das Ruhen des Verfahrens gemäß § 251 ZPO zu beantragen.<sup>440</sup>

## **2. Auswirkungen einer Mediationsklausel auf eine ohne Durchführung des Mediationsverfahrens erhobene Klage**

Muster-Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen enthalten häufig eine Regelung zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens. Teilweise sehen die Regelungen ausdrücklich vor, dass vor oder während des Mediationsverfahrens die Geltendmachung von Ansprüchen in einem gerichtlichen Verfahren unzulässig ist.<sup>441</sup> Andere Klauseln sehen lediglich vor, dass vor Einleitung des gerichtlichen Verfahrens das Mediationsverfahren durchzuführen ist. Es gibt außerdem Klauseln, die lediglich die Durchführung des Mediationsverfahrens vorsehen und die Klageerhebung bzw. die Auswirkungen auf sonstige rechtsschützende Verfahren nicht erwähnen.

Welche Bedeutung derartige Absprachen für eine ohne vorherige Durchführung des Mediationsverfahrens erhobene Klage haben, ist in der Literatur seit Langem umstritten. Lange Zeit wurde zur Beurteilung von Mediationsklauseln die (höchststrichterliche) Rechtsprechung zu den Auswirkungen von Schlichtungsklauseln herangezogen<sup>442</sup>, da keine Rechtsprechung zu Mediationsklauseln existierte. Mittlerweile gibt es einige instanzgerichtliche Entscheidungen zu

---

<sup>439</sup> 6.b. BMEV-Mediationsordnung.

<sup>440</sup> § 10 Abs. 3 DGMW-Mediationsordnung; § 8 Abs.1 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>441</sup> Zum Beispiel § 9 DIS-Mediationsordnung.

<sup>442</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 13 mit Verweis auf BGH NJW 1977, S. 2263 f.; BGH NJW 1984, S. 669 f.; BGH NJW 1999, S. 647; Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91 mit Verweis auf BGH NJW 1999, S. 647; BGH NJW 1977, S. 2263, der die Schlichtungsvereinbarung und Mediationsvereinbarung als „wesensgleich“ betrachtet; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn.10 mit Verweis auf BGH NJW 1984, S. 669 f.



den Auswirkungen von Mediationsklauseln. Die Gerichte sind sich allerdings nicht einig und sehen in Mediationsklauseln teilweise einen vom Beklagten geltend zu machenden Klageverzicht, der die Unzulässigkeit der Klage zur Folge hat<sup>443</sup>, teilweise eine reine Absichtserklärung ohne Auswirkungen auf die Zulässigkeit des Zivilprozesses<sup>444</sup>. Eine höchstgerichtliche Klärung der Frage, wie sich die Mediationsvereinbarung auf die Zulässigkeit einer gerichtlichen Klage auswirkt, fehlt bislang, sodass in diesem Bereich nach wie vor rechtliche Unsicherheit besteht. Die höchstrichterlichen Erwägungen zu Schlichtungsklauseln und ihre mögliche Übertragbarkeit sind deshalb nach wie vor bedeutsam für die rechtliche Beurteilung für Mediationsklauseln. Der Darstellung der Ansichten in Schrifttum und instanzgerichtlichen Entscheidungen zu Mediationsklauseln sind deshalb Erwägungen insbesondere der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Schlichtungsklauseln vorangestellt.

#### **a) Rechtsprechung zu Schlichtungsklauseln**

Die höchstrichterlichen Erwägungen zu Schlichtungsklauseln beruhen im Wesentlichen auf den gesetzlichen und höchstrichterlichen Grundsätzen zu Schiedsklauseln. Für Schiedsklauseln ordnet § 1032 Abs. 1 ZPO an, dass das Gericht eine entgegen einer Schiedsklausel erhobenen Klage als unzulässig abzuweisen hat, sofern der Beklagte dies vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache rügt. Etwaig gesetzte Klageerwiderungsfristen sind irrelevant. Die Schiedsvereinbarung enthält daher einen peremptorischen, d.h. dauerhaften Klageverzicht, an den der Staat gebunden ist.<sup>445</sup> Bei einem schriftlichen Vorverfahren reicht es aus, wenn die Rüge vor Beginn der mündlichen Verhandlung erhoben wird, da § 1032 ZPO gegenüber § 282 Abs. 3 ZPO und § 296 Abs. 3 ZPO eine Sonderregelung darstellt.<sup>446</sup> Die Abweisung der Klage erfolgt nicht von Amts wegen, sondern nur auf die Schiedseinrede des Beklagten hin. Damit ist die Schiedsvereinbarung keine von Amts wegen zu berücksichtigende Prozessvoraussetzung.<sup>447</sup> Erhebt der Beklagte die Schiedseinrede, prüft das Gericht, ob aufgrund der

---

<sup>443</sup> LG München II, Beschluss vom 9.10.2012 – 2 T 1738/12, BeckRS 2012, 87129; LG Düsseldorf, Urteil vom 13.11.2012 – 35 O 38/08, Rn. 12 ff.; die Klage war im konkreten Fall zulässig, da die Einrede nicht erhoben wurde; OLG Saarbrücken, Teilurteil vom 29.4.2015 – 2 U 31/14, Rn. 16; LG Köln, Urteil vom 18.04.2013 – 27 O 576/12, Rn. 9, BeckRS 2013, 198797.

<sup>444</sup> OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 12.5.2009 – 14 Sch 4/09, NJW-RR 2010, 788; LG Heilbronn, Urteil vom 10.09.2010 – 4 O 259/09, Rn. 17, BeckRS 2011, 10902.

<sup>445</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320.

<sup>446</sup> BGH NJW 2001, 2176.

<sup>447</sup> BGHZ 24, 15, 19.

Schiedsvereinbarung die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für diesen Streitgegenstand besteht.<sup>448</sup> Ist das der Fall, hat das Gericht bezüglich der Klageabweisung keinen Ermessensspielraum. Eine Abweisung als unzulässig erfolgt nach § 1032 Abs. 1 ZPO nur dann nicht, wenn das Gericht feststellt, dass die Schiedsvereinbarung nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist. Diese Rechtsfolge und die hierzu ergangenen Grundsätze in Literatur und Rechtsprechung wurden mangels entsprechender gesetzlicher Regelung vom BGH auch bei Schlichtungsklauseln herangezogen.

Der BGH entschied erstmals im Jahr 1983, dass eine ohne vorherige Durchführung des Schlichtungsverfahrens erhobene Klage auf Einrede des Beklagten als derzeit unzulässig abzuweisen ist.<sup>449</sup> Der wesentliche Unterschied zu Schiedsvereinbarungen ist also, dass, anders als bei Schiedsvereinbarungen, der ordentliche Rechtsweg nicht dauerhaft ausgeschlossen wird. Ausführungen dazu, ab wann der Rechtsweg wieder offen steht, machte der BGH in dieser Entscheidung nicht. Er führte lediglich aus, dass die Schlichtungsklausel wie eine Schiedsklausel keine von Amts wegen zu beachtende Prozessvoraussetzung ist und eine Abweisung der Klage nach Einrede der Schlichtungsklausel als unbegründet ausscheide, da das Fehlen der Klagbarkeit die auf dem öffentlichen Verfahrensrecht beruhende Möglichkeit der Durchsetzbarkeit des Anspruchs, nicht jedoch dessen materiellen Gehalt berühre.<sup>450</sup> Für die Wirkung einer Streitbeilegungsklausel ist also die Einordnung als Schieds- oder Schlichtungsklausel entscheidend – nicht immer ist das der Klausel allerdings eindeutig zu entnehmen. Ein Schiedsvertrag i. S. des § 1025 ZPO liegt nach Ansicht des BGH nur dann vor, wenn eine Streitigkeit unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges durch ein Schiedsgericht entschieden werden soll. Soll eine gütliche Einigung durch einen Dritten herbeigeführt werden, liege eine Schlichtungsvereinbarung vor.<sup>451</sup> In der Rechtsprechung wurde später als ein weiteres Kriterium genannt, in welchem Umfang der Rechtsweg ausgeschlossen werden soll. Wenn in einem Vertrag die Entscheidung des Rechtsstreits den staatlichen Gerichten nicht vollständig entzogen werde,

---

<sup>448</sup> Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO, § 1032, Rn. 14.

<sup>449</sup> So in der grundlegenden Entscheidung des BGH, Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82 Rn. 17, NJW 1984, S. 669.

<sup>450</sup> BGH NJW 1984, S. 669, ähnlich schon die auch vom BGH zitierte Entscheidung des OLG Celle, NJW 1971, 288; zustimmend Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 471.

<sup>451</sup> BGH NJW 1984, S. 669.

sondern der ordentliche Rechtsweg nach dem Scheitern einer alternativen Streitbeilegung wieder offenstehen solle, liege keine Schiedsvereinbarung i. S. v. § 1029 ZPO, sondern eine Güte- oder Schlichtungsvereinbarung vor.<sup>452</sup>

Eine andere Frage ist, ob der Ausschluss des Rechtswegs zwingend ist. Der BGH orientiert sich in seiner Entscheidung von 1983 an der Formulierung der Klausel. Nach dieser sollte „in jedem Fall zunächst“ ein Schlichtungsverfahren vor Klageerhebung durchgeführt werden. Trotz der Soll-Formulierung interpretierte der BGH die Klausel als Muss-Bestimmung. Dafür spreche die Wortwahl „in jedem Fall“ sowie der Zweck der Klausel im konkreten Fall, nämlich zu einer gütlichen Einigung zu gelangen und ein gerichtliches Verfahren zu vermeiden.

Die Erwägungen aus der Entscheidung bestätigte der BGH in den darauffolgenden Jahren mehrfach, sodass insofern von einer gefestigten BGH-Rechtsprechung im Bereich der Schlichtungsklauseln gesprochen werden kann.<sup>453</sup> In einer jüngeren Entscheidung betonte der BGH den fehlenden Ermessensspielraum des Gerichts bezüglich der Klageabweisung im Fall der Einredeerhebung –ließ allerdings offen, ob die Einrede nach § 1032 Abs. 1 ZPO analog nur vor Beginn der mündlichen Verhandlung erhoben werden kann.<sup>454</sup>

Wie bei der Schiedsklausel kann auch die Berufung auf eine Schlichtungsklausel durch den Beklagten treuwidrig i.S. des § 242 BGB und damit unzulässig sein. So ist die Berufung auf die Schiedseinrede nach Auffassung des BGH treuwidrig, wenn eine Partei im Schiedsgerichtsverfahren die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung geltend macht und im (daraufhin) durchgeführten ordentlichen Gerichtsverfahren die Einrede des Schiedsvertrages erhebt. Dadurch versuche die Partei, der Klägerseite in jeder der beiden Verfahrensarten den Rechtsschutz abzuschneiden und sie damit praktisch rechtlos zu stellen.<sup>455</sup> Der Kläger kann außerdem die Gegeneinrede der Arglist erheben, wenn er keine zumutbare Möglichkeit hat, im Schiedsgerichtsverfahren einen Vollstreckungstitel zu erlangen, weil dem Beklagten die für die Durchführung dieses Verfahrens erforderlichen Mittel fehlen.<sup>456</sup>

Der BGH wies in einer Entscheidung darauf hin, dass „[s]owohl der Sinn und Zweck als auch die prozessualen Wirkungen der [...] Schlichtungsklausel [...] somit denjenigen eines Schieds-

---

<sup>452</sup> OLG Rostock, Urteil vom 18.9.2006 – 3 U 37/06, BeckRS 2006, 12525.

<sup>453</sup> BGH NJW-RR 1989, S. 1048, 1049; BGH DStRE 1999, S. 159; BGH NJW-RR 2009, S. 637, Rn. 19.

<sup>454</sup> BGH NJW-RR 2009, S. 637, Rn. 20; zur Gegeneinrede der Arglist bei Schiedseinrede: BGH NJW 1988, S. 1215.

<sup>455</sup> BGHZ 50, 191, 196 f.; BGH NJW-RR 1987, 1194.

<sup>456</sup> BGH NJW 1988, S. 1215.

vertrags [ähneln], durch den nach dem Parteiwillen die Anrufung der staatlichen Gerichte allerdings auf Dauer ausgeschlossen werden soll.“<sup>457</sup> Die Anforderungen an die Einrede bei Schlichtungsklauseln orientieren sich deshalb an den Vorgaben für Schiedsvertragseinrede i. S. des § 1032 Abs. 1 ZPO. Die Berufung auf die Einrede der Schlichtungsklausel kann zum Beispiel treuwidrig sein, wenn der Beklagte den Prozess absichtlich verzögert, indem z.B. er den Kostenvorschuss nicht bezahlt, bei der Bestellung des Schlichters nicht mitwirkt oder Sitzungen sabotiert.<sup>458</sup> Alleine wegen Aussichtslosigkeit des Schlichtungsverfahrens ist eine Berufung auf die Schlichtungsklausel nach Ansicht des BGH jedoch nicht treuwidrig.<sup>459</sup>

Für Verwirrung im Schrifttum sorgte eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts Ende der 1990er Jahre, das die Formulierung in einer Schlichtungsklausel, nach der „zunächst“ eine Schlichtungsstelle anzurufen war, für nicht ausreichend hielt, um eine gleichwohl erhobene Klage als unzulässig abzuweisen.<sup>460</sup> Der Wortlaut der Vertragsklausel biete keinen Anhaltspunkt für die Annahme, die staatliche Gerichtsbarkeit solle vorläufig ausgeschlossen sein. Die Formulierung „zunächst“ lege zwar fest, dass eine Rechtsverfolgung vor den Gerichten gegenüber der Schlichtung nachrangig sein solle. Hieraus allein lasse sich aber nicht ablesen, dass die gleichwohl unmittelbar erfolgte Anrufung des staatlichen Gerichts und die weitere Durchführung dieses Verfahrens eine prozessual beachtliche Einrede begründe. Hätten die Parteien eine derart weitgehende Beschränkung des Klagerechts vereinbaren wollen, hätte dies ausdrücklich bestimmt werden müssen. Über die Deutung und Tragweite dieser Entscheidung ist im mediationsrechtlichen Schrifttum viel diskutiert worden. Die Entscheidung wurde teilweise als Widerspruch zu den vom BGH zu Schlichtungsklauseln entwickelten Grundsätzen gewertet.<sup>461</sup> Beide Entscheidungen sind weniger gegensätzlich als es zunächst erscheint. Eine genaue Betrachtung der beiden Entscheidungen zeigt, dass bei der Beurteilung, ob ein Klagbarkeitsausschluss gewollt war, die konkrete Formulierung der Klausel im Einzelfall maßgeblich ist. Die Entscheidung des BAG und die Grundsatzentscheidung des BGH unterscheiden sich

---

<sup>457</sup> BGH NJW 1999, S. 647 (Fortführung von BGH, 12.11.1987 – III ZR 29/87, BGHZ 102, 199).

<sup>458</sup> BGH NJW 1999, S. 647.

<sup>459</sup> BGH NJW-RR 2009, S. 637.

<sup>460</sup> BAG, Urteil vom 18.5.1999 – 9 AZR 682/98, NZA 1999, S. 1350, 1352 bezüglich der Anforderungen an eine ausdrückliche Beschränkung der Klagbarkeit verweist das BAG auf die BGH-Entscheidung von 1983, BGH NJW 1984, S. 668, 669.

<sup>461</sup> Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, S. 305, 307; „konträr“ zum BGH: Wegmann, Urteilsanmerkungen zu BAG, Urteil vom 18.5.1999 – 9 AZR 682/98, ZKM 2000, 47, 48, der aber auch der BAG-Entscheidung die Aussage entnimmt, dass durch eine Schlichtungsklausel eine Einrede begründet werden kann; BGH-konform: Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321; zustimmend Hilbig-Lugani, wegen der Abweichung von BGH-rechtlichen Grundsätzen aber dennoch als „Ausreißer“ einzuordnen, ZZP 2013, S. 463, 476 m.w.N.

lediglich in der Frage, welche Formulierungen konkrete Anhaltspunkte für die Annahme eines Klageausschlusses darstellen. In beiden Entscheidungen sah die Schlichtungsklausel vor, dass „zunächst“ eine Schlichtung durchgeführt werden „soll“. Bei der Entscheidung des BGH kam die Formulierung „in jedem Fall“ hinzu, auf die der BGH seine Auslegung neben dem Zweck der Absprache maßgeblich stützte. Da in der Entscheidung des BAG die Klausel eine solche Formulierung nicht enthielt, diese also gegenüber der Schlichtungsklausel des BGH weniger Anhaltspunkte für einen durch die Parteien gewollten Klagbarkeitsausschluss enthielt, ist die Entscheidung des BAG nicht zwingend als Widerspruch zur BGH-Rechtsprechung zu werten. Vielmehr legt das BAG den Schluss nahe, dass nur bei einer ausdrücklich vereinbarten Beschränkung des Klagerechts ein entsprechender Parteiwille anzunehmen ist, der zur Klageabweisung als unzulässig führt. Das wiederum bedeutet unausgesprochen, dass auch das BAG bei einem ausdrücklichen Klagbarkeitsausschluss davon ausgeht, dass die Klage als unzulässig abgewiesen werden muss.<sup>462</sup> Das entspricht der Rechtsprechung des BGH. Zwar wurde bisher vom BGH nicht explizit entschieden, ob jede Schlichtungsklausel als Klagbarkeitsausschluss zu werten ist. Wenn die Formulierung der Klausel aber keine Zweifel daran lässt, dass vor Durchführung des Gerichtsverfahrens ein alternatives Streitverfahren gewollt war, liegt ein durch Einrede des Beklagten geltend zu machendes Klagehindernis vor, das die Unzulässigkeit der Klage zur Folge hat.

Andererseits ist der BGH-Entscheidung nicht zwingend der Grundsatz zu entnehmen, dass jede Soll-Bestimmung als Muss-Bestimmung auszulegen ist, wie der BGH auch in einer aktuellen Entscheidung zu einer Schiedsvereinbarung ausführt.<sup>463</sup> Die Schiedsvereinbarung des zugrundeliegenden Falles sah vor, dass ein Schiedsgericht angerufen werden „solle“. Der BGH führte aus, dass eine so formulierte Schiedsvereinbarung nicht als Mussbestimmung auszulegen sei und sich aus seiner Entscheidung zu Schlichtungsklauseln kein entsprechender Auslegungsgrundsatz entnehmen lasse.<sup>464</sup> Der BGH verneinte hier allerdings nur die Übertragbarkeit der in der Entscheidung erfolgten Erwägungen auf die konkrete Schiedsvereinbarung und lehnte eine entsprechende Auslegung nicht grundsätzlich ab. Er betonte vielmehr, dass, anders als bei der Schiedsvereinbarung, die Auslegung der Schlichtungsklausel als Klageverzicht wegen des klaren Wortlauts der Schlichtungsvereinbarung eindeutig gewesen sei. Gegen eine

---

<sup>462</sup> Wegmann, Urteilsanmerkungen zu BAG, Urteil vom 18.5.1999 – 9 AZR 682/98, ZKM 2000, 47, 48: Das BAG habe die Klausel nur restriktiver ausgelegt.

<sup>463</sup> BGH, Beschluss vom 7.5.2015 – I ZB 83/14 Rn. 6, SchiedsVZ 2016, S. 42.

<sup>464</sup> BGH, Beschluss vom 7.5.2015 – I ZB 83/14 Rn. 6, SchiedsVZ 2016, S. 42.

Übertragung spreche darüber hinaus, dass durch die Schiedsvereinbarung, anders als bei Schlichtungsvereinbarungen, der Rechtsweg dauerhaft ausgeschlossen würde.<sup>465</sup> Die Entscheidung spricht also nicht dagegen, bei der BGH-Grundsatzentscheidung vergleichbaren Anhaltspunkten („zunächst“ und „in jedem Fall“), auch Soll-Formulierungen oder nicht ausdrückliche Absprachen als Klageausschluss zu werten. Letztendlich lässt sich aus den unterschiedlichen Auslegungsansätzen des BAG und BGH der Schluss ziehen, dass Arbeitsgerichte Mediations- und Schlichtungsklauseln tendenziell seltener als prozesshindernde Einrede einordnen als der BGH.<sup>466</sup> Dem Risiko solcher Auslegungsspielräume können Parteien entgegenwirken, wenn die Mediationsklausel den Willen der Parteien nach einem Klagehindernis klar erkennen lässt.

## **b) Rechtsprechung zu Mediationsklauseln**

Im Jahr 2009 wurde durch das **OLG Frankfurt a.M.** im Rahmen einer Feststellungsklage über die Zulässigkeit eines schiedsgerichtlichen Verfahrens erstmals über die prozessualen Folgen einer Mediationsklausel entschieden. Die Parteien hatten im Rahmen eines Nachunternehmervertrags vertraglich vereinbart, ein Mediationsverfahren durchzuführen. Darüber hinaus enthielt der Vertrag die Vereinbarung, dass bei Scheitern des Mediationsverfahrens der Konflikt einem Schiedsgerichtsverfahren unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs zugeführt werden solle. Das Mediationsverfahren wurde aber nicht durchgeführt. Die Antragstellerin begehrte festzustellen, dass ein schiedsgerichtliches Verfahren für den zwischen den Parteien streitigen Anspruch aus einem Kaufvertrag unzulässig ist. Der Antragsgegner vertrat die Auffassung, dass ein Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellungsklage erst nach Durchführung des Mediationsverfahrens vorliege. Das Gericht bejahte das Rechtsschutzbedürfnis der Feststellungsklage, obwohl kein Mediationsverfahren durchgeführt worden war. Es liefе auf „bloße Förmelerei“ hinaus, wenn man die Antragstellerin auf die Einleitung eines Mediationsverfahrens verwies, obwohl sie das Verfahren nach der vertraglichen Vereinbarung jederzeit beenden könnte.<sup>467</sup>

---

<sup>465</sup> BGH, Beschluss vom 7.5.2015 – I ZB 83/14 Rn. 6, SchiedsVZ 2016, S. 42.

<sup>466</sup> So auch Wegmann, Urteilsanmerkungen zu BAG, Urteil vom 18.5.1999 – 9 AZR 682/98, ZKM 2000, S. 47, 48.

<sup>467</sup> OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 12.5.2009 – 14 Sch 4/09, NJW-RR 2010, 788; ähnlich Landessozialgericht Sachsen-Anhalt, nach dem ein gescheitertes Mediationsverfahren keine Auswirkungen auf das Klageverfahren hat, Beschuluss vom 13.7.2012 – L 4 KR 68/11 NZB, Rn. 54.

Dieser Argumentation schloss sich im Jahr 2010 das **LG Heilbronn** an, das eine Klage trotz Mediationsklausel für zulässig erklärte. Die nicht in den Entscheidungsgründen abgedruckte Klausel regelte – wie das LG Heilbronn in seiner Entscheidung ausführte – zwar ausdrücklich, dass vor Klageerhebung eine Wirtschaftsmediation durchzuführen sei. Das Gericht wertete diese Vereinbarung jedoch nicht als Klageverzicht. Wenn das Mediationsverfahren jederzeit beendet werden könne, sei ein Klageverzicht „sinn- und gegenstandslos“ und der Verweis auf das Verfahren „bloße Förmerei“. Die Vereinbarung sei lediglich als Appell an eine gütliche Einigung und nicht als Klagehindernis zu verstehen.<sup>468</sup>

In den darauffolgenden Jahren ergingen einige Entscheidungen mit anderem Ergebnis. Das **LG München** entschied in einem Beschluss, dass eine Vereinbarung in einem Ehevertrag, nach der Meinungsverschiedenheiten im Wege einer Mediation oder einer anderen Form außergerichtlicher Streitbeilegung geklärt werden sollten, eine „Schlichtungsvereinbarung“ darstelle, die auf Einrede des Beklagten hin zur Unzulässigkeit der Beschwerde führe. Da das Fehlen der Klagbarkeit die auf dem öffentlichen Verfahrensrecht beruhende Möglichkeit der Durchsetzbarkeit des Anspruchs, nicht jedoch dessen sachlich-rechtlichen Gehalt berühre, sei, wenn ein Vertragsteil die nach der Schiedsklausel notwendige Anrufung der Schiedsstelle unterlassen hat, seine dennoch eingereichte Klage als unzulässig und nicht als unbegründet abzuweisen.<sup>469</sup> Dasselbe müsse für ein trotz Schlichtungsvereinbarung eingelegtes Rechtsmittel gelten. Auch zu einer möglichen Treuwidrigkeit der Einrede nahm das LG München Stellung: Eine Treuwidrigkeit könne nur in Fällen eines hier nicht gegebenen erhöhten Unrechtsgehalts angenommen werden, zum Beispiel bei der Bestechung von Zeugen<sup>470</sup> oder der Nichteinzahlung von Kosten für das außergerichtliche Verfahren<sup>471</sup>. Die Verpflichtung zur Durchführung einer Mediation entfalle nicht schon deshalb, weil eine der Vertragsparteien im Nachhinein – etwa wegen Vertragsreue – das Interesse an einer gütlichen Einigung verloren habe, da nicht von vornherein ausgeschlossen werden könne, dass auch diese Vertragspartei unter Mitwirkung eines neutralen Dritten und Vorlage eines fundierten Einigungsvorschlages das Interesse an einer

---

<sup>468</sup> LG Heilbronn, Urteil vom 10.09.2010 – 4 O 259/09, Rn. 17, BeckRS 2011, 10902.

<sup>469</sup> LG München II, Beschluss vom 9.10.2012 – 2 T 1738/12, BeckRS 2012, 87129 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82, Rn. 17, NJW 1984, 669.

<sup>470</sup> LG München II, Beschluss vom 9.10.2012 – 2 T 1738/12, BeckRS 2012, 87129 mit Verweis auf die Entscheidung des OLG Thüringen, Urteil vom 21.12.2009 – 9 U 234/09, Rn. 28, BeckRS 2011, 09614.

<sup>471</sup> LG München II, Beschluss vom 9.10.2012 – 2 T 1738/12, BeckRS 2012, 87129 mit Verweis auf BGH NJW 1999, S. 647.

gütlichen Einigung zurückgewinne.<sup>472</sup> Insbesondere liege im Tätigwerden eines Notars keine Durchführung eines Schlichtungsverfahrens, da dieser nicht die Position eines interessensgerecht vermittelnden oder steuernden Schlichters innehabe.

Auch das **LG Düsseldorf** und das **OLG Saarbrücken** vertraten die Auffassung, dass die Vereinbarung zur Durchführung eines Mediationsverfahrens vor Klageerhebung auf Einrede des Beklagten bei fehlender Durchführung zur vorübergehenden Unzulässigkeit der Klage führe.<sup>473</sup> Ein Ermessensspielraum des Gerichts bestehe hier ebenso wenig wie bei einer Schieds- oder Schlichtungsklausel.<sup>474</sup> Der Sinn und Zweck sowie die prozessualen Wirkungen der Mediationsklausel seien mit einem Schiedsvertrag vergleichbar. Auch seien die Voraussetzungen, unter denen die Berufung auf die Mediationsklausel treuwidrig ist, wie bei der Schiedsvertrags- einrede im Sinn des § 1032 Abs. 1 ZPO zu beurteilen.<sup>475</sup> Im konkreten Fall versagte das OLG Saarbrücken allerdings die Einrede gemäß § 242 BGB wegen der Aussichtslosigkeit des Verfahrens. Für die Durchführung eines Mediationsverfahrens sei nach intensiven, über Wochen andauernden, letztlich erfolglosen Vergleichsverhandlungen der Parteien keine Grundlage mehr vorhanden, sodass es der Klägerin nicht mehr habe zugemutet werden können, sich auf ein Mediationsverfahren einzulassen. Bei einem Mediationsverfahren seien die Parteien mangels einer Entscheidung durch Dritte auf die Kooperation und das faire Verhalten der jeweiligen Gegenseite angewiesen. Vor dem Hintergrund der letztlich gescheiterten Vergleichsverhandlungen sei im Ansatz nicht erkennbar, dass diese Voraussetzungen für ein erfolgversprechendes Mediationsverfahren noch gegeben seien.<sup>476</sup>

Das **LG Köln** wies 2013 ebenfalls eine Klage aufgrund einer Einrede der Mediationsvereinbarung als derzeit unzulässig ab. Die Parteien hatten sich in einem Gesellschaftsvertrag verpflichtet, „bei etwaigen Streitigkeiten aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag vor Einleitung

---

<sup>472</sup> LG München II, Beschluss vom 9.10.2012 – 2 T 1738/12, BeckRS 2012, 87129 mit Verweis auf OLG Rostock, Urteil vom 18.09.2006 – U 37/06, Rn. 29, BeckRS 2006, 12525.

<sup>473</sup> LG Düsseldorf, Urteil vom 13.11.2012 – 35 O 38/08, Rn. 12 ff.; die Klage war im konkreten Fall zulässig, da die Einrede nicht erhoben wurde; OLG Saarbrücken, Teilurteil vom 29.4.2015 – 2 U 31/14, Rn. 16 mit Verweis auf BGH, NJW-RR 2009, S. 637 und BGH NJW 1999, S. 647.

<sup>474</sup> LG Düsseldorf, Urteil vom 13.11.2012 – 35 O 38/08, Rn. 56, BeckRS 2014, 16696 mit Verweis auf BGH NJW-RR 2009, S. 637 sowie auf Greger, in: Zöller, ZPO, Vor § 253, Rn. 19a; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321.

<sup>475</sup> OLG Saarbrücken, Teilurteil vom 29.4.2015 – 2 U 31/14, Rn. 18, BeckRS 2015, 20819 mit Verweis auf BGH NJW 1999, S. 647.

<sup>476</sup> OLG Saarbrücken, Teilurteil vom 29.4.2015 – 2 U 31/14, Rn. 19, BeckRS 2015, 20819 mit Verweis OLG Jena zu Schlichtungsklauseln, Urteil vom 21.12.2009 – 9 U 234/09, BeckRS 2011, 09614; kritisch Behm, AnwBl. 2017, S. 16, 18: Es bleibe nicht nur unklar, welcher Intensität und Dauer die Vergleichsbemühungen der Parteien haben müssten, um die Mediationsklausel zu suspendieren. Das Gericht verkenne auch, dass ein Mediationsverfahren trotz Scheitern bilateraler Verhandlungen noch Erfolgchancen haben könne.



eines Gerichtsverfahrens eine Mediation durchzuführen.“ Desweiteren war vereinbart worden, dass während des Mediationsverfahrens der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen sein sollte.<sup>477</sup> Das LG Köln vertrat die Ansicht, dass sich aus dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck dieser Vereinbarung unzweifelhaft ergebe, dass der ordentliche Rechtsweg ohne vorherige Durchführung des Mediationsverfahrens ausgeschlossen sein solle. Die Mediationsvereinbarung stelle einen Klageverzicht unter der auflösenden Bedingung der Durchführung eines Mediationsverfahrens dar.<sup>478</sup> Sinn und Zweck der Regelung sei offensichtlich, dass die Parteien vor Durchführung eines Gerichtsverfahrens haben versuchen wollen, etwaige Streitigkeiten unter Zuhilfenahme eines unabhängigen Dritten zu regeln.<sup>479</sup>

An der Erhebung der Einrede sei die Beklagte auch nicht gemäß § 242 BGB gehindert gewesen. Die Einredeerhebung verstoße nicht deshalb gegen Treu und Glauben, weil die Durchführung des Mediationsverfahrens von vorneherein keine Aussicht auf Erfolg gehabt habe und deshalb lediglich eine sinnlose Verzögerung der Entscheidung über die geltend gemachten Ansprüche der Kläger im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens zur Folge hätte. Die Erklärung der Kläger, dass sie nicht bereit seien, sich zu einigen, hindere die Beklagte nicht daran, sich auf die Mediationsvereinbarung zu berufen. Die Verpflichtung zur Durchführung eines Mediationsverfahrens entfalle nicht deshalb, weil eine Partei das Interesse an einer gütlichen Einigung verloren habe.<sup>480</sup> Das LG Köln begründete seine Auffassung damit, dass nicht auszuschließen sei, dass eine ursprünglich nicht verhandlungsbereite Partei das Interesse im Rahmen eines durch einen Dritten begleiteten Verfahrens zurückgewinnen könne.<sup>481</sup> Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass im Rahmen der Güteverhandlung keine gütliche Einigung erzielt werden konnte.<sup>482</sup> Die Mediation stelle eine andere Form der alternativen Streitbeilegung dar, die es den Parteien eher erlaube, zu einer Einigung zu finden. In einer Mediation könnten auch solche Interessenlagen berücksichtigt werden, die sich außerhalb der Umstände bewegten, die im Rahmen eines Zivilprozesses Berücksichtigung finden könnten.

---

<sup>477</sup> LG Köln, Urteil vom 18.04.2013 – 27 O 576/12, Rn. 9, BeckRS 2013, 198797.

<sup>478</sup> LG Köln, Urteil vom 18.04.2013 – 27 O 576/12, Rn. 36, BeckRS 2013, 198797.

<sup>479</sup> LG Köln, Urteil vom 18.04.2013 – 27 O 576/12, Rn. 36, BeckRS 2013, 198797.

<sup>480</sup> LG Köln, Urteil vom 18.04.2013 – 27 O 576/12, Rn. 45, BeckRS 2013, 198797 mit Verweis auf LG München II, Beschluss vom 09.10.2012 – 2 T 1738/12, BeckRS 2012, 87129; OLG Rostock, Urteil vom 18.09.2006 – 3 U 37/06, BeckRS 2006, 12525.

<sup>481</sup> LG Köln, Urteil vom 18.04.2013 – 27 O 576/12, Rn. 45, BeckRS 2013, 198797 mit Verweis auf LG München II, Beschluss vom 09.10.2012 – 2 T 1738/12, BeckRS 2012, 87129.

<sup>482</sup> LG Köln, Urteil vom 18.04.2013 – 27 O 576/12, Rn. 47, BeckRS 2013, 198797.

Desweiteren sei zu berücksichtigen, dass sich die Parteien gerade im Hinblick auf zukünftige Streitigkeiten auf den Versuch einer gütlichen Einigung geeinigt hätten.<sup>483</sup> Der Kläger könne sich deshalb nicht darauf berufen, dass ihm angesichts nun bestehender Streitigkeiten die Durchführung des Mediationsverfahrens nicht zumutbar sei. Auch führe der Umstand, dass vorangegangene Eingigungsversuche gescheitert seien, nicht dazu, dass die Beklagte daran gehindert sei, sich auf die bestehende prozessuale Einrede zu berufen. Denn die außergerichtlichen Eingigungsversuche seien gerade nicht unter Einbeziehung eines neutralen Dritten erfolgt, sondern nur unter Beteiligung ihrer angesichts der bestehenden Mandatsverhältnisse nicht neutralen, sondern zur Vertretung der jeweiligen Parteiinteressen verpflichteten Prozessbevollmächtigten.

Es ist also in den letzten Jahren eine Tendenz der Gerichte erkennbar, Mediationsklauseln als Klageverzicht zu werten. Von einer gefestigten Rechtsprechung kann allerdings nicht gesprochen werden. Mangels einer höchstrichterlichen Entscheidung besteht noch erhebliche Rechtsunsicherheit, ob die Gerichte eine Klage trotz Mediationsklausel zulassen.

### **c) Standpunkte des Schrifttums zum Klageverzicht durch Mediationsklauseln**

#### ***1) Überwiegende Ansicht der Literatur: Abweisung der Klage als unzulässig***

Bis heute wird in der mediationsrechtlichen Literatur ganz überwiegend die Auffassung vertreten, dass ein ausdrücklich vereinbarter Klageausschluss einen vorübergehenden dilatorischen Klageverzicht darstelle, der ohne vorherige Durchführung des Mediationsverfahrens auf Einrede des Beklagten zur Unzulässigkeit einer gleichwohl erhobenen Klage führe.<sup>484</sup> Erhebt

---

<sup>483</sup> LG Köln, Urteil vom 18.04.2013 – 27 O 576/12, Rn. 45, BeckRS 2013, 198797

<sup>484</sup> Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, S. 305, 309; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 15; Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz S. 67; Dendorfer-Ditges, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, N, Rn. 12; Unberath, NJW 2011, 1320, 1321 f.; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001, S. 13; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 22; Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 474; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 35; Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91; Steffek, RabelsZ 74 (2010), S. 841, 853; Hilbig-Lugani, ZVP 126 (2013), S. 463, 470; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 484; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 49; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 199; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 86 f.; Wagner, NJW 2001, S. 182, 186 f.; Wagner, ZKM 2004, S. 100, 102; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 15; Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 78; Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Anhang § 310, Klauseln (S), S. 57; Bacher, in: BeckOK ZPO, § 253, Rn. 18.2. Einer Mindermeinung nach soll anstelle der Klageabweisung das Ruhen des Gerichtsverfahrens nach § 251 ZPO analog angeordnet werden: Walter, ZVP 103 (1990), S. 141, 163; Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, Buch 2., Abschnitt 1., Titel 1., I, 5., Vorbemerkung, Rn. 11; Greger, in: Zöller, ZPO, Vor § 253, Rn. 19a; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321 f.; Wegmann, KON:SENS 1999, S. 80, 81; für eine materiellrechtliche Abweisung der Klage als unbegründet (allerdings auf Grundlage schweizerischen Rechts): Grolimund ZVP 123 (2010), S. 393, 409 f.

der Beklagte die Einrede, hat das Gericht bezüglich der Abweisung keinen Ermessensspielraum.<sup>485</sup> Umgekehrt hat der Klageverzicht keine Auswirkungen, wenn die Einrede nicht erhoben wird, da es sich nicht um eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung handelt.<sup>486</sup> Nach überwiegender Auffassung der Literatur soll eine Klage auch dann abzuweisen sein, wenn die Mediationsvereinbarung keinen ausdrücklichen Klageverzicht enthält.<sup>487</sup>

#### ***(a) Übertragbarkeit der BGH-Rechtsprechung zu Schieds- und Schlichtungsklauseln***

Zur Begründung eines Klagbarkeitsausschlusses (auch ohne ausdrückliche Parteivereinbarung) wird überwiegend auf die für Schiedsvereinbarungen entsprechend in § 1032 Abs. 1 ZPO angeordnete Rechtsfolge und die – bereits dargestellte – Rechtsprechung des BGH zu Schlichtungsklauseln verwiesen<sup>488</sup>. Anders als beim Schiedsgerichtsverfahren sei eine Klage aber nur als derzeit unzulässig zurückzuweisen, sodass nach erfolgreich oder erfolglos beendetem Mediationsverfahren eine Klage wieder möglich ist.<sup>489</sup>

Nur selten ist zu lesen, dass die BGH-Rechtsprechung zu Schlichtungsklauseln auf Mediationsklauseln nicht übertragbar sei, da sich die Schlichtung und die Mediation zu stark voneinander unterscheiden: Das Schlichtungsverfahren habe, anders als das Mediationsverfahren, mit dem unverbindlichen Schlichterspruch einen klar feststellbaren Abschluss, nach dessen Ablehnung durch die Parteien der Klageweg auch ohne konkrete Abrede wieder offenstehe.<sup>490</sup> Bei der Mediation sei ein Ende der Mediation und damit das Ende eines etwaigen Klageverzichts hingegen schwer zu bestimmen, weil die Parteien selbst für die Lösung verantwortlich seien.

Die Entscheidungen des LG Heilbronn und OLG Frankfurt a.M., die beide die Klage trotz Mediationsklausel für zulässig erachteten, sind in der Literatur überwiegend auf massive Ablehnung

---

<sup>485</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322.

<sup>486</sup> Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 474.

<sup>487</sup> BGH NJW 1984, S. 669 f.; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 22; Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 55; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 166, 199; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321; Stürmer, S. 115; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 70; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 10; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 330; Nelle/Hacke, ZKM 2002, 257, 262; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 118; Prütting, AnwBl. 2000, S. 273, 277; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 14; Behm, AnwBl. 2017, S. 16, 18; Eidenmüller, in: Konsensuale Streitbeilegung, S. 45, 55.

<sup>488</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 13 mit Verweis auf BGH NJW 1977, S. 2263 f.; BGH NJW 1984, S. 669 f.; BGH NJW 1999, S. 647; Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91 mit Verweis auf BGH NJW 1999, S. 647; BGH NJW 1977, S. 2263, der die Schlichtungsvereinbarung und Mediationsvereinbarung als „wesensgleich“ betrachtet; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn.10 mit Verweis auf BGH NJW 1984, S. 669 f.

<sup>489</sup> Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn.148.

<sup>490</sup> Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, S. 305, 307.

gestoßen.<sup>491</sup> Sie seien für die Praxis wegen ihres Widerspruchs zur Rechtsprechung des BGH zu Schlichtungsklauseln unbeachtlich.<sup>492</sup> Staatliche Gerichte seien nicht berufen, über die Sinnhaftigkeit einer Mediation in bestimmten Situationen zu urteilen. Ein Gericht könne nicht einfach ignorieren, dass die Parteien kraft ihrer Privatautonomie eine andere Lösung bei Vertragsschluss gewollt hätten, selbst, wenn sich eine Seite im Konfliktfall nicht mehr an diese gebunden sehe.<sup>493</sup> Die Klageabweisung müsse die konsequente Folge der Parteivereinbarung sein.<sup>494</sup> Der von beiden Gerichten verwendete Begriff der „Förmelei“ sei weniger ein Argument, als ein um Zustimmung buhlender emotionaler Appell und werde von Juristen gerne verwendet, um normativen Vorgaben, die in einer bestimmten Situation als sinnlos empfunden werden, plakativ den Geltungsanspruch für den konkreten Fall abzusprechen.<sup>495</sup> Ein Mediationsverfahren sei keineswegs bloße Förmelei, da es auch bei anfangs unwilligen Parteien gelingen könne.<sup>496</sup> Der Verweis auf die jederzeitige Beendigungsmöglichkeit sei „wenig durchdacht“, da es nicht als Durchführung einer Mediation angesehen werden könne, wenn eine Partei nach Beginn des Mediationsverfahrens dieses gleich wieder abbreche. Ohne ernsthafte Beteiligung an der Mediation dürfte sich die andere Partei sehr wohl auf die Mediationsklausel als vorläufigen Klageverzicht berufen.<sup>497</sup> Schließlich zeige die Regelung des § 253 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO, nach der in der Klageschrift anzugeben ist, ob ein Mediationsverfahren durchgeführt wurde, dass der Gesetzgeber Mediation nicht als bloße Förmelei einstufe.<sup>498</sup>

Vereinzelte wird aber vertreten, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung zu uneinheitlich sei, um sie auf Mediationsvereinbarungen zu übertragen.<sup>499</sup> Die wenigen Literaturstimmen,

---

<sup>491</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321; Wagner, Anmerkungen zu LG Heilbronn, Urteil vom 10.9.2010 – 4 O 259/09, ZKM 2011, 29 ff.; Tochtermann, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 113 ff.; Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 178; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, § 23, Rn. 51; Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, S. 305, 309; Behme, AnwBl. 2017, S. 16, 18; differenzierend noch Berning/Trenzczek/Lenz, in: Trenzczek/Berning/Lenz, Kap.4.4.2.1, Rn. 5; in der Folgeauflage wird dies lediglich als „Gegenmeinung“ kurz genannt: Lenz/Berning/Trenzczek, in: Trenzczek/ Berning/Lenz/Will, 4.4.2.1., Rn. 4.

<sup>492</sup> Behme, AnwBl. 2017, S. 16, 18 verweist auf die Rechtsprechung des BGH zu Schlichtungsklauseln BGH NJW 1999, S. 647; BGH NJW-RR 2009, S. 637.

<sup>493</sup> Greger, in: Greger/Unberath, § 1, Rn. 199; Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz S. 61, 67 f.; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 23, Rn. 51.

<sup>494</sup> Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 61, 67; zustimmend Greger, in: Greger/Unberath, § 1, Rn. 199.

<sup>495</sup> Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 67.

<sup>496</sup> Unberath, NJW 2011, 1320, 1322; Lapp, jurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 zu LG Heilbronn, Urteil vom 10.09.2010 – 4 O 259/09; Greger, in: Greger/Unberath, § 1, Rn. 199, verweist auf BGH NJW-RR 2009, S. 637, 639 zur Schlichtung.

<sup>497</sup> Lapp, jurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 zu LG Heilbronn, Urteil vom 10.09.2010 – 4 O 259/09.

<sup>498</sup> Lapp, jurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 zu LG Heilbronn, Urteil vom 10.09.2010 – 4 O 259/09.

<sup>499</sup> Übertragung „unpassend“: Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, S. 305, 307; so auch in Bezug auf die generelle Übertragbarkeit der BGH-Grundsätze auf Schlichtungsklauseln Friedrich, Die Konsensvereinbarung im Zivilrecht, S. 93 ff., 112.

die sich mit der Entscheidung des BAG auseinandersetzen, halten die Entscheidung des BAG mit der Rechtsprechung des BGH überwiegend für vereinbar.<sup>500</sup> Die Reichweite von Schlichtungsklauseln sei letztlich eine Frage der Auslegung des konkreten Vertrags. Die Entscheidung des BAG widerspreche der Auffassung des BGH deshalb nicht, weil das BAG allein aufgrund der Auslegung des konkreten Arbeitsvertrags zu dem Ergebnis gekommen sei, dass ein Wahlrecht zwischen den Verfahren bestanden habe.<sup>501</sup> Durch die Klausel habe nur klargestellt werden sollen, dass kein Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit beabsichtigt gewesen sei.<sup>502</sup>

### **(b) Zweck der Mediationsvereinbarung**

Für die Annahme eines Klagbarkeitsausschlusses wird im Schrifttum auch mit dem Zweck der Abrede argumentiert. Die parallele Durchführung eines Gerichtsverfahrens entspreche regelmäßig nicht den Interessen der Parteien, da sie nur Aufwand und Kosten verursache<sup>503</sup> und das Mediationsverfahren konterkariere<sup>504</sup>. Bei Mediationsklauseln, die betonen, dass gerichtliche Eilverfahren zulässig sind, ergebe sich die Unzulässigkeit des gerichtlichen Verfahrens schon aus einem Umkehrschluss.<sup>505</sup> Argumentiert wird auch, dass der Konflikt weiter eskalieren könne, wenn die Parteien weiterhin Klage erheben könnten.<sup>506</sup> Denn durch die Klageerhebung bringe der Kläger seine Auffassung zum Ausdruck, dass der Konflikt im Mediationsverfahren nicht (ausreichend) lösbar sei, er den Konflikt lieber „gänzlich aus den Händen“ gebe und er lieber einen Dritten entscheiden lasse als mit seinem Vertragspartner gemeinsam eine Lösung zu suchen.<sup>507</sup> Für den Vertragspartner könne sich dieses Verhalten wie eine Provokation und ein Vertrauensbruch darstellen, der wiederum die Chance auf eine gemeinsame Einigung verringere.<sup>508</sup> Der Ausschluss der Klagbarkeit gelte deshalb auch dann, wenn die Parteien

---

<sup>500</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321; zustimmend Hilbig-Lugani, ZJP 2013, S. 463, 476 m.w.N.

<sup>501</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321; zustimmend Hilbig-Lugani, ZJP 2013, S. 463, 476.

<sup>502</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 13 f. unter Fn. 34.

<sup>503</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn.166.

<sup>504</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S.12 f.; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321; Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 148; Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 55; Tochtermann, ZJPInt (2006), S. 429, 474.

<sup>505</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321.

<sup>506</sup> Tochtermann, ZJPInt (2006), S. 429, 474.

<sup>507</sup> Tochtermann, ZJPInt (2006), S. 429, 474.

<sup>508</sup> Tochtermann, ZJPInt (2006), S. 429, 474.

vor Klageerhebung ausführliche Vergleichsverhandlungen geführt hätten und diese gescheitert seien, da eine Mediation trotz Scheitern bilateraler Verhandlungen immer noch erfolgreich sein könne.<sup>509</sup>

## **2) Alternative Ansicht: Ruhen des Verfahrens, § 251 ZPO analog**

Die schon im Zusammenhang mit Schlichtungsklauseln geäußerte Überlegung, anstelle der Klageabweisung das Ruhen des Gerichtsverfahrens analog § 251 ZPO anzuordnen<sup>510</sup>, wurde vereinzelt auch bei Mediationsklauseln angestellt<sup>511</sup>. Zumindest soll das bei Mediationsvereinbarungen gelten, die keinen Klageverzicht enthalten.<sup>512</sup> Für Mediationsvereinbarungen, die einen Klageverzicht enthalten, hat sich diese Überlegung zu recht nicht durchgesetzt. Das Ruhen des Gerichtsverfahrens soll ermöglichen, das Gerichtsverfahren im Fall des Scheiterns des Mediationsverfahrens schnell wieder aufzunehmen und den Aufwand einer erneuten Klageerhebung schmälern. Der Preis für diese Möglichkeit ist allerdings hoch, da sie die Erfolgsaussichten des Mediationsverfahrens erheblich mindert. Die Parteien bezwecken durch die Mediationsvereinbarung regelmäßig eine Abweisung der Klage als unzulässig, damit sie ihren Streitbeilegungsversuch unbelastet von einem schwebenden Prozess durchführen können.<sup>513</sup> Ein Ruhen des Gerichtsverfahrens würde dieses Interesse konterkarieren. Angesichts der Erfolgsquoten von Mediationsverfahren ist ein Scheitern des Mediationsverfahrens – und damit die Wahrscheinlichkeit einer Fortführung des gerichtlichen Verfahrens – überdies unwahrscheinlich.

## **d) Stellungnahme und Ergebnis**

Mit der überwiegenden Literatur und Teilen der Rechtsprechung ist anzunehmen, dass ein Klagbarkeitsausschluss in der Mediationsklausel grundsätzlich zur derzeitigen Unzulässigkeit einer erhobenen Klage führt, wenn der Beklagte die fehlende Durchführung des Mediations-

---

<sup>509</sup> Ebenso Behm, AnwBl. 2017, S. 16, 18; anders OLG Saarbrücken: Der Klägerin könne es aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht mehr zugemutet werden, sich trotz Mediationsklausel auf ein Mediationsverfahren einzulassen, OLG Saarbrücken Teilurteil v. 29.4.2015 – 2 U 31/14, BeckRS 2015, 20819, Rn. 19.

<sup>510</sup> Walter, ZJP 103 (1990), S. 141, 163; Friedrich, Die Konsensvereinbarung im Zivilrecht, S. 185 ff.: die Schlichtungsvereinbarung muss dann als Ersatz für den erforderlichen Antrag beider Parteien gedeutet werden.

<sup>511</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91 f.; Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 475; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 206.

<sup>512</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 206.

<sup>513</sup> „Damoklesschwert“ des anhängigen Gerichtsverfahrens: Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91 f.; Tochtermann, ZJPInt (2006), S. 429, 475; zustimmend Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 477.

verfahrens vor Beginn der mündlichen Verhandlung rügt. Das Gericht hat dann ohne Ermessensspielraum die Klage als unzulässig abzuweisen. Nur ausnahmsweise kann die Durchführung paralleler Verfahren sinnvoll sein, wenn erst durch eine Entscheidung strittiger Rechtsfragen wieder Verhandlungsspielräume für eine konstruktive Lösung entstehen.<sup>514</sup>

Für eine Abweisung der Klage im Regelfall spricht zunächst die Rechtsprechung des BGH zu Schlichtungsklauseln. Diese ist auf Mediationsklauseln grundsätzlich übertragbar, da beide Verfahren einige Gemeinsamkeiten aufweisen: In beiden Fällen wird ein neutraler Dritter ohne Entscheidungsbefugnis eingeschaltet und auch der Schlichter spricht (vorbehaltlich einer anderweitigen Parteivereinbarung) lediglich eine nicht bindende Empfehlung aus.<sup>515</sup> Wie die Mediation ist auch die Schlichtung konsensual ausgerichtet und unterliegt wenigen formellen Vorgaben. Ein paralleles Gerichtsverfahren würde bei beiden Verfahren eine einvernehmliche Lösungsfindung erschweren, weshalb es in Schlichtungs- wie in Mediationsverfahren regelmäßig im Parteiinteresse ist, absprachewidrige Klagen zu unterbinden. Ebenso wie die Schlichtung ersetzt die Mediation das Gerichtsverfahren nur im Erfolgsfall – scheitern die Verfahren, soll nach dem Willen der Parteien der Gerichtsweg offenstehen.<sup>516</sup>

Auch hinsichtlich der Verfahrensbeendigung bestehen keine Unterschiede, die eine unterschiedliche Behandlung gebieten. Die Schlichtung endet entweder mit einer einvernehmlichen Aufhebung des Verfahrens, einer einseitigen Beendigung oder mit der Einigung der Parteien.<sup>517</sup> Ebenso endet die Mediation, wenn die Parteien eine Lösung gefunden haben oder wenn eine Partei oder der Mediator das Verfahren beenden, § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG. Zwar ergibt sich aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG nicht, wie diese Beendigung zu erfolgen hat und ab welchem Zeitpunkt das Verfahren als beendet anzusehen ist. Insofern ergibt sich aber keine größere Unsicherheit als beim Schlichtungsverfahren, das anders als die Mediation gar nicht gesetzlich geregelt ist.

Einer Übertragung der Grundsätze zu Schlichtungsklauseln widerspricht auch nicht, dass die höchstrichterlichen Erwägungen zu Schlichtungsklauseln auf Grundsätzen zu Schiedsklauseln basieren – einem rechtsbasierten Verfahren, das mit einer bindenden Entscheidung durch ei-

---

<sup>514</sup> Nelle/Hacke, ZKM 2002, S. 257, 261; hier kann eine Feststellungsklage sinnvoll sein, Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 166.

<sup>515</sup> Lembcke, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, Andere Verfahren IV., Rn. 1; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, D, III., Rn. 245.

<sup>516</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321.

<sup>517</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, D, III., Rn. 245.

nen Dritten endet, und insofern gänzlich anders als das interessenbasierte Mediationsverfahren ausgerichtet ist. Der unterschiedlichen Ausrichtung ist dadurch genügend Rechnung getragen, dass die Klage bei Mediationsklauseln nicht dauerhaft, sondern nur als derzeit unzulässig abgewiesen wird.<sup>518</sup>

Ob sich aus der im Jahr 1983 ergangenen grundlegenden Entscheidung des BGH zu Schlichtungsklauseln entnehmen lässt, dass eine vorrangige Schlichtung entfallen kann, wenn die Verhandlungen aussichtslos erscheinen, ist zweifelhaft. Der BGH ließ diese Frage offen. Er stellte aber klar, dass eine Aussichtslosigkeit nicht schon dann anzunehmen ist, wenn sich eine Partei bei den vorprozessualen Verhandlungen dazu ablehnend geäußert hat. Im konkreten Fall sei es nicht ausgeschlossen gewesen, dass vor einem sachkundigen Gremium eine gütliche Einigung hätte zustandekommen können.<sup>519</sup>

Aus diesen Erwägungen kann geschlossen werden, dass der BGH derartigen Vereinbarungen die Verbindlichkeit zumindest schon nicht deshalb absprechen wollte, weil eine Vertragspartei sich nicht mehr daran festhalten lassen wollte. Das lässt sich auf Mediationsklauseln übertragen und gilt auch dann, wenn sich die Vereinbarung auf ein Mediationsverfahren bezieht, das nach seinem Beginn jederzeit wieder beendet werden kann. Berechtigterweise wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass auch bei anfänglich unwilligen Parteien ein Mediationsverfahren gelingen kann. Lässt man dagegen eine Klage zu, stehen die Chancen, dass sich die Parteien nochmal in ein Mediationsverfahren begeben, denkbar schlecht. Nimmt man die Aussage des Bundesverfassungsgerichts ernst, dass einvernehmliche Lösungen gegenüber richterlichen Entscheidungen vorzugswürdig sind<sup>520</sup>, sollten Gerichte alternative Streitverfahren nicht verhindern. Ist eine Partei nach Einleitung des Mediationsverfahrens nicht für das Mediationsverfahren bereit, kann sie nach der Beendigung immer noch Klage erheben.

Ein derartiger Klagbarkeitsausschluss ist keine bloße „Förmelei“. Wenn die Parteien aufgrund ihrer Privatautonomie einen Klageverzicht vereinbaren, ist das Gericht aufgrund der überragenden Bedeutung der Privatautonomie im Zivilrecht und der im Zivilprozessrecht geltenden Dispositionsfreiheit an diese Entscheidung gebunden und kann diese Entscheidung nicht im Nachhinein aushebeln. Würde man jeder Vereinbarung eines alternativen Streitverfahrens vor

---

<sup>518</sup> So schon für Schlichtungsklauseln Henssler/Kilian, EWiR 1999, S. 285, 286.

<sup>519</sup> BGH NJW 1984, S. 669: In dem zugrundeliegenden Fall hatte eine Partei keine Bereitschaft gezeigt, die nach ihrer Auffassung angemessenen Preis zu zahlen- diese ablehnende Haltung reichte dem BGH nicht, um eine Aussichtslosigkeit des Schlichtungsverfahrens anzunehmen.

<sup>520</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.2.2007 – 1 BvR 1351/01, Rn. 35, NJW-RR 2007, S. 1073.



Klageerhebung ihre Wirkung deshalb absprechen, weil sich eine Partei nicht mehr daran gebunden sieht, hätten diese Klauseln ihren Zweck verfehlt, im Konfliktfall grundsätzlich ein alternatives Streitverfahren durchzuführen und die ursprüngliche Wahlfreiheit zwischen gerichtlichem Verfahren und alternativem Streitverfahren auszuschließen.<sup>521</sup>

Die Entscheidungen des LG Heilbronn und des OLG Frankfurt a.M. sind vor diesem Hintergrund als Einzelentscheidungen zu bewerten. Angesichts der massiven und berechtigten Kritik an diesen Entscheidung und der als gefestigt zu beurteilenden Rechtsprechung des BGH zu Schlichtungsklauseln ist jedenfalls für den ausdrücklich vereinbarten Klageausschluss in Mediationsklauseln zu erwarten, dass dieser zukünftig als Klageverzicht von den Gerichten anerkannt wird. Rechtssicherheit wird aber letztlich nur eine entsprechende Entscheidung des BGH bringen. So lange sind abweichende instanzgerichtliche Entscheidungen möglich.

Noch unsicherer ist die Prognose zu den Auswirkungen von Mediationsklauseln, die keinen ausdrücklichen Klageverzicht enthalten. Auch hier ist davon auszugehen, dass die richterlichen Grundsätze zu Schlichtungsklauseln aufgrund der Vergleichbarkeit beider Verfahren und den Interessen der Parteien grundsätzlich übertragbar sind. Die Entscheidungen des BGH und des BAG widersprechen sich nicht, da sie nur lediglich die konkreten Klauseln unterschiedlich ausgelegt haben. Die Entscheidungen zeigen, dass sich aus der Formulierung der Klausel konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben müssen, dass die Parteien einen Klagbarkeitsausschluss gewollt haben. Sie zeigen weiterhin, dass nicht jede Schlichtungs- oder Mediationsklausel zwingend einen Klagbarkeitsausschluss enthält bzw. zur Unzulässigkeit der Klage führt. Treffend ist daher die Einschätzung, dass nicht jede Mediationsklausel einen Klageverzicht enthält, andererseits ein Klageverzicht nicht zwingend vereinbart werden muss.<sup>522</sup> Es müssen sich aus der Formulierung der Klausel konkrete Anhaltspunkte für einen solchen Parteiwillen ergeben. Desweiteren sind wie bei allen parteiautonomen Absprachen die Interessenlage der Parteien sowie Umstände des Einzelfalles einzubeziehen.<sup>523</sup> Das sagt indes noch nichts darüber aus, wie Gerichte entsprechende Formulierungen in Mediationsklauseln werten, sodass ein ausdrücklich formulierter Klagbarkeitsausschluss in der Praxis zu empfehlen ist.

---

<sup>521</sup> Ähnlich BGH zu Schlichtungsklauseln BGH NJW 1984, S. 669.

<sup>522</sup> Ähnlich Fischer, in: Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 65; Wagner, Prozessverträge, zur Problematik bei Schlichtungsvereinbarungen, S. 426 ff.

<sup>523</sup> Fischer, Das neue Mediationsgesetz, S. 65.

## e) Anforderungen an die Einredeerhebung

Unter den in der Literatur deutlich überwiegenden Befürwortern der Abweisung als unzulässig werden verschiedene Anforderungen an die (unbestritten) erforderliche Einredeerhebung durch den Beklagten genannt. Das Prozesshindernis ist nach überwiegender Ansicht als Einrede analog zu der Regelung des § 1032 Abs. 1 ZPO vor Beginn der mündlichen Verhandlung<sup>524</sup> bzw. vor der Einlassung zur Sache im Prozess<sup>525</sup> zu erheben. Der BGH hat bei Schlichtungsklauseln offen gelassen, ob die Einrede analog § 1032 Abs. 1 ZPO nur vor Beginn der mündlichen Verhandlung erhoben werden kann.<sup>526</sup> Eine Erhebung in der Güteverhandlung ist nicht erforderlich, da diese nicht Teil der mündlichen Verhandlung ist, § 278 Abs. 2 S. 1 ZPO.<sup>527</sup>

Vereinzelt wird vertreten, dass in bestimmten Fällen die Berufung auf die Mediationsklauseln durch den Beklagten treuwidrig (§ 242 BGB) und damit unzulässig ist.<sup>528</sup> Der Einrede der Klagbarkeit kann dann die Einrede der Arglist entgegengehalten werden, wobei aber für Gegenansprüche des Beklagten das Prozesshindernis bestehen bleiben soll.<sup>529</sup>

Die Erwägungen des BGH zum Ausschluss der Einrede der Klagbarkeit durch die Einrede der Arglist bei Schieds- und Schlichtungsklauseln<sup>530</sup> werden von Teilen der Literatur auf Mediationsklauseln übertragen.<sup>531</sup> Wie bei Schlichtungsklauseln könne die Berufung auf die Einrede treuwidrig sein, wenn der Beklagte den Prozess absichtlich verzögere, indem z.B. er den Kostenvorschuss nicht bezahle, bei der Bestellung des Mediators nicht mitwirke oder Sitzungen sabotiere.<sup>532</sup> Treuwidrig wegen widersprüchlichen Verhaltens könne die Einrede auch sein, wenn sich der Beklagte vorher ausdrücklich geweigert habe, an der Mediation teilzunehmen.<sup>533</sup> Aufgrund der mangelnden gerichtlichen Konkretisierung der Anforderungen der Treuwidrigkeitseinrede bei Mediationsklauseln und den vereinzelt geäußerten Bedenken bezüg-

---

<sup>524</sup> Friedrich, MDR 2004, S. 481, 484 m.w.N. zur Analogie der Schiedseinrede; Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, S. 305; Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 474.

<sup>525</sup> OLG Saarbrücken, Teilurteil vom 29.4.2015 – 2 U 31/14, Rn. 16; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322.

<sup>526</sup> BGH NJW-RR 2009, S. 637, Rn. 20; Zur Gegeneinrede der Arglist bei Schiedseinrede: BGHZ 102, 199, 203 f.

<sup>527</sup> Friedrich, MDR 2004, S. 481, 484.

<sup>528</sup> Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 475; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 204.

<sup>529</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 204.

<sup>530</sup> BGH NJW 1999, 647.

<sup>531</sup> Für eine restriktive Handhabung der Übertragung Schiedsgerichtsverfahrensrechtlicher Grundsätze: Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 475 f.

<sup>532</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 204 mit Verweis auf BGH NJW 1999, S. 647 zur Schlichtung.

<sup>533</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 205.

lich der Übertragbarkeit der Grundsätze zu Schieds- und Schlichtungsklauseln wird aus Gründen der Rechtssicherheit in der Literatur häufig eine entsprechende vertragliche Vereinbarung angeraten.<sup>534</sup>

#### **f) Wegfall des Prozesshindernisses**

Vorbehaltlich anderweitiger Parteivereinbarungen fällt das Prozesshindernis weg, wenn der Kläger den ernsthaften Versuch einer Mediation unternommen hat oder die Mediationsvereinbarung gekündigt wird.<sup>535</sup> Wann von einem ernsthaften Versuch einer Mediation auszugehen ist, ist letztlich eine Frage des Einzelfalls und kann nicht pauschal beantwortet werden. Als nicht ausreichend wird in der Literatur angesehen, wenn eine Konfliktpartei die Bestellung des Mediators verhindert, nicht zur vereinbarten Sitzung erscheint oder die Verhandlungen bereits zu Beginn der Mediation abbricht.<sup>536</sup> Auch könne eine Partei nicht anführen, dass sie sich zur Teilnahme am Verfahren nicht imstande sehe, wenn der Mediator im Einverständnis mit der Gegenseite angeboten habe, Einzelgespräche zu führen.<sup>537</sup> Andererseits sei wegen des Freiwilligkeitsprinzips nicht erforderlich, dass sich eine Partei auf eine Sachverhalts- oder Interessenklärung einlasse.<sup>538</sup>

#### **g) Sonderfall: Wahrung von Ausschlussfristen**

Während des Mediationsverfahrens können gesetzliche Ausschlussfristen ablaufen, da diese durch das Mediationsverfahren nicht gehemmt werden.<sup>539</sup> Eine den Ausschlussfristen des BGB

---

<sup>534</sup> A. 13.02 Mediationsklausel, Hund v. Hagen, Formularbuch Recht und Steuern, Rn. 4; Loos/Brewitz SchiedsVZ 2012, S. 305, 310.

<sup>535</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 200 f.

<sup>536</sup> Tochtermann, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz S. 113, 117; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 200.

<sup>537</sup> Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 179.

<sup>538</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 79; Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 200.

<sup>539</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 2, III., Rn. 23.

(zum Beispiel §§ 626 Abs.2, 124 BGB) vergleichbare Regelung gibt es nämlich nicht. Ausschlussfristen betreffen die Ausübung von Gestaltungsrechten<sup>540</sup>, den Verfall bestimmter Ansprüche oder Rechtspositionen<sup>541</sup> oder die Erhebung bestimmter Klagen<sup>542</sup>. Laufen vertragliche<sup>543</sup> oder gesetzliche Ausschlussfristen ab, erlischt der Anspruch oder das entsprechende Recht<sup>544</sup>. Da gesetzliche Ausschlussfristen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dienen, können sie die Parteien nicht<sup>545</sup> oder nur teilweise<sup>546</sup> umgehen oder vertraglich verlängern<sup>547</sup>. Das Versäumen von Ausschlussfristen ist daher für die Parteien deutlich einschneidender als das Versäumen von Verjährungsfristen, das „nur“ zu einem auf Einrede des Schuldners zu beachtenden dauernden Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners führt.<sup>548</sup> Der Ablauf der Ausschlussfrist begründet dagegen eine rechtsvernichtende Einwendung, die das Gericht von Amts wegen beachten muss.<sup>549</sup>

Die meisten gesetzlichen Ausschlussfristen betreffen aber spezielle Vertragsverhältnisse und sind für die hier in Rede stehenden Verträge zwischen Unternehmen kaum relevant. Gleichwohl ist nicht gänzlich auszuschließen, dass durch den Ablauf von Ausschlussfristen während des Mediationsverfahrens Rechtsverluste drohen.

Eine frühere Fassung des § 8 Mediationsrichtlinie sah vor, dass die Mitgliedsstaaten Vorkehrungen treffen müssen, um den Ablauf von Ausschlussfristen während des Mediationsverfahrens zu verhindern.<sup>550</sup> Diese Vorgabe wurde aber bei der endgültigen Fassung der Mediationsrichtlinie gestrichen. Die Mediationsrichtlinie machte den Mitgliedsstaaten insofern keine Vorgaben mehr, was für den Gesetzgeber aber kein Hindernis für eine Regelung dargestellt

---

<sup>540</sup> Z.B. §§ 121, 124, 147, 148, 532, 626 Abs.2, 1944 BGB.

<sup>541</sup> §§ 558b Abs. 2, 651g Abs. 1, 801 Abs. 1 S. 1, 864 BGB, § 13 ProdHaftG- Beispiele von Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 98 unter Fn. 4; § 23 BBiG (dreimonatige Frist für Schadensersatzansprüche bei Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses).

<sup>542</sup> Z.B. die Anfechtungsklage in Beschlussmängelstreitigkeiten § 246 Abs. 1 AktG (einmonatige Klagfrist für die Anfechtungsklage gegen die Beschlussfassung der Hauptversammlung), die Kündigungsschutzklage nach § 4 Abs. 2 KSchG (dreiwöchige Klagfrist des Arbeitnehmers ab Zugang der schriftlichen Kündigung), oder § 15 Abs. 1 AGG iVm § 61b ArbGG (dreimonatige Klagfrist für Entschädigungsansprüche wegen Benachteiligung).

<sup>543</sup> Häufig in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträgen, Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1250.

<sup>544</sup> Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1250; Hacke, ADR-Vertrag, S. 139, 141; BGHZ 122, 23, 24.

<sup>545</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 164; Greger/v.Münchhausen, § 3, Rn. 46; Steffek, RabelsZ 74 (2010), S. 841, 862.

<sup>546</sup> Nur teilweise disponibel: Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 100; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn.31.

<sup>547</sup> Grothe, in: MüKoBGB, Bd.1, Vor § 194, Rn. 12; Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 2, Rn. 14.

<sup>548</sup> Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1250; Hacke, ADR-Vertrag, S. 139, 141; Greger/v.Münchhausen, § 3, Rn. 46.

<sup>549</sup> RGZ 128, 46, 47; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 134; Grothe, in: MüKoBGB, Bd.1, Vor § 194, Rn. 10.

<sup>550</sup> Abgedruckter Wortlaut bei Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 2, 2. , III., Rn.23.

hätte.<sup>551</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat in das Mediationsgesetz dennoch keine entsprechende Regelung aufgenommen, was in der einschlägigen Kommentarliteratur kritisiert wird: Der deutsche Gesetzgeber habe es versäumt, mehr Rechtssicherheit für die Parteien des Mediationsverfahrens zu schaffen.<sup>552</sup>

### **1) Klageerhebung zur Wahrung von Ausschlussfristen zulässig**

Um Rechtsverluste vermeiden zu können, sollen Klagen zur Wahrung von Ausschlussfristen nach überwiegender Ansicht in der Literatur nicht als unzulässig abzuweisen sein.<sup>553</sup>

Eine fristwahrende Klageerhebung bleibt damit möglich – es besteht aber das bereits an anderer Stelle beschriebene Risiko, dass die gleichzeitige Durchführung von Klage und Mediationsverfahren den Erfolg des Mediationsverfahrens erschwert.<sup>554</sup> In der Literatur wird daher vertreten, dass das Gericht nach fristwahrender Klageerhebung das Ruhen des Verfahrens anordnet.

Die im Zusammenhang mit der parallelen Problematik bei Schlichtungsvereinbarungen einzeln vertretene Lösung einer analogen Anwendung des § 251 ZPO<sup>555</sup> wurde auch bei Mediationsklauseln vorgeschlagen. Das gerichtliche Verfahren soll für die Dauer des Mediationsverfahrens nach § 251 ZPO ausgesetzt werden.<sup>556</sup> Eine Ruhensanordnung nach § 251 S. 1 ZPO setzt allerdings einen entsprechenden Antrag beider Parteien voraus. Verweigert eine Partei den Antrag, kann in direkter Anwendung des § 251 S. 1 ZPO kein Ruhen des Verfahrens angeordnet werden, und das gerichtliche Verfahren läuft parallel weiter. Sofern eine der Parteien den für § 251 ZPO erforderlichen Antrag verweigert, soll eine Abweisung analog § 251 ZPO

---

<sup>551</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 2, 2., III., Rn.24.

<sup>552</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 2, Kap. 11. Rn. 14; kritisch zur knappen Begründung des Gesetzgebers auch Diop/Steinbrecher, BB 2011, S. 131, 134.

<sup>553</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 166; Schmitz-Vornmoor, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 1, 3., Rn. 168; Fischer, Das neue Mediationsgesetz, S. 65; Böttcher/Laskawy sind der Ansicht, dass Ausschlussfristen generell nicht von einem dilatorischen Klageverzicht erfasst werden können, Der Betrieb 2004, 1247, 1250 m.w.N.; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322; Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn.20; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn.25; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 16; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht, S. 15, der einen dilatorischen Klageverzicht in diesem Fall für unwirksam hält; Eidenmüller, in: Konsensuale Streitbeilegung, S. 45, 57 f.; Risse, in: BeckFormB BHW, 9. Mediationsvereinbarung in einem Vertrag, Rn. 6; weil darüber hinaus durch die Klageerhebung Kosten entstehen, die bei erfolgreicher Durchführung der Mediation nutzlos ausgegeben wurden, wird eine Klageerhebung nur empfohlen, wenn tatsächlich der Ablauf einer konkreten Ausschlussfrist droht, Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 136; Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 2, 2., III., Rn. 24; selbst die Erhebung einer unzulässigen Klage hemmt die Verjährung: BGH NJW 2011, S. 193, 2194 m.w.N.

<sup>554</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 2, 2., III., Rn. 24: Dadurch würden sowohl die Parteien als auch die Gerichte unnötigerweise belastet und der konsensuale Ansatz der Mediation durch Einreichung der notwendigen Klage konterkariert.

<sup>555</sup> Walter, Z郑 103 (1990), S. 141, 163 – für die Schlichtung.

<sup>556</sup> Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 20.

erfolgen, da das Verfahren nicht wegen Fehlens einer passenden Ordnungsvorschrift gegen den in der Mediationsklausel geäußerten Willen der Parteien fortgeführt werden dürfe. Das nämlich sei ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Dispositionsmaxime.<sup>557</sup> Zur Sicherheit wird eine vertragliche Vereinbarung der Parteien empfohlen, das Ruhen des Verfahrens zu beantragen.<sup>558</sup>

Seit mit dem Mediationsförderungsgesetz<sup>559</sup> § 278a ZPO in Kraft getreten ist, wird als gesetzlicher Anknüpfungspunkt außerdem § 278a ZPO vorgeschlagen.<sup>560</sup> Nach § 278a Abs. 2 ordnet das Gericht das Ruhen des gerichtlichen Verfahrens an, wenn sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation entscheiden. Hauptanwendungsbereich des § 278a ZPO ist der Fall, dass die Parteien einer nach Rechtshängigkeit durch das Gericht vorgeschlagenen Mediation zustimmen.<sup>561</sup> Für den Fall der vor Klageerhebung geschlossenen Mediationsvereinbarung passt § 278a ZPO demnach nicht unmittelbar, da kein Mediationsvorschlag durch das Gericht erfolgt ist. Vertreten wird daher, dass eine Ruhensanordnung nach § 278a ZPO nur bei einer Mediationsabrede auf Vorschlag des Gerichts erfolgen solle.<sup>562</sup> Bei einer allein auf Initiative der Parteien beruhenden Entscheidung zur Mediation sei nur § 251 S. 1 ZPO einschlägig.<sup>563</sup>

Nach vorzugswürdiger Ansicht ist aber ein Vorschlag des Gerichts nicht zwingend notwendig.<sup>564</sup> Auch eine bereits vor Klageerhebung getroffene Mediationsvereinbarung kann eine Ruhensanordnung nach § 278a ZPO zur Folge haben, soweit sie noch fortwirkt.<sup>565</sup> Denn die gegenüber § 251 S. 1 eigenständige Bedeutung des Abs. 2 liegt richtiger Ansicht nach gerade darin, ein Mediationsverfahren unabhängig von einer – nach § 251 ZPO erforderlichen – Zweckmäßigkeitsbeurteilung durch das Gericht zu ermöglichen.<sup>566</sup> Fraglich ist aber, ob für eine

---

<sup>557</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322, verweist auf Walter, ZJP 103 (1990), S. 141, 163 – für die Schlichtung.

<sup>558</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 Rn. 164; So auch der Vorschlag von Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 136, der allerdings bezüglich einer privatautonomen Verpflichtung zur Vornahme einer Prozesshandlung dogmatische Bedenken hat und in dieser einen direkten Widerspruch zur Klagebarkeitsbeschränkung als konstitutivem Element der Mediationsvereinbarung sieht, mit Verweis auf Wagner, Prozessverträge, S. 228 ff.

<sup>559</sup> Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.7.2012, BGBl. I, S. 1577.

<sup>560</sup> Lambert Löer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 2, ZPO § 278a, Rn. 3; Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 2, 2., III., Rn. 24.

<sup>561</sup> Bacher, in: BeckOK ZPO, § 278a, Rn. 2.

<sup>562</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 206; Ulrici, in: MüKoZPO, Bd.1, § 278a, Rn. 14; Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, S. 305, 307.

<sup>563</sup> Lambert Löer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, ZPO § 278a, Rn. 13.

<sup>564</sup> Ulrici, in: MüKoZPO, Bd.1, § 278a, Rn. 12; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 278aZPO, Rn. 65.

<sup>565</sup> Ulrici, in: MüKoZPO, Bd.1, § 278a, Rn. 12; ohne weitere Begründung im Ergebnis auch Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 2, 2., III., Rn.2 4.

<sup>566</sup> Ulrici, in: MüKoZPO, Bd.1, § 278a, Rn. 12.

Ruhensanordnung durch das Gericht nach § 278a Abs. 2 ZPO ein entsprechender Antrag der Parteien notwendig ist. Der Regierungsentwurf verdeutlicht, dass das Gericht gemäß § 278a Abs. 2 i.V.m. § 251 ZPO das Ruhen des Verfahrens anordnet, wenn sich die Parteien für eine Mediation entscheiden.<sup>567</sup> Wegen dieser inhaltlichen Verknüpfung von § 278a ZPO und § 251 ZPO und der grundsätzlichen Dispositionsbefugnis der Parteien ist ein Antrag auf Ruhensanordnung – wie bei § 251 ZPO – erforderlich.<sup>568</sup> Da unsicher ist, welchem Ansatz die Gerichte folgen, empfiehlt sich eine vertragliche Verpflichtung der Parteien zur Antragstellung im Vorfeld.

## **2) Umgang mit Ausschlussfristen in Musterklauseln**

Auch nach einigen Musterklauseln ist eine Klageerhebung ausnahmsweise zulässig, soweit der Ablauf gesetzlicher Ausschlussfristen zu einem Rechtsverlust führen würde<sup>569</sup>. Um dennoch eine gleichzeitige Durchführung von Mediations- und Gerichtsverfahren zu vermeiden, werden die Parteien in manchen Musterregelungen verpflichtet, ein **Ruhen des gerichtlichen Verfahrens** während der Mediation zu beantragen.<sup>570</sup>

Eine andere Lösung für den Umgang mit Ausschlussfristen in Musterklauseln ist die Regelung, dass dem Hinweis auf den Ablauf einer Ausschlussfrist der **Einwand der unzulässigen Rechtsausübung** entgegengehalten werden kann bzw. die Berufung auf einen durch eine Ausschlussfrist bedingten Rechtsverlust rechtsmissbräuchlich und nach § 242 BGB unzulässig ist.<sup>571</sup> Grundsätzlich kann auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung auch gegenüber einer gesetzlichen oder vertraglichen Ausschlussfrist durchgreifen.<sup>572</sup> Wer durch den Abschluss einer Mediationsklausel seinem Vertragspartner den Eindruck vermittele, auf die Geltendmachung von Rechten verzichten zu wollen und einen solchen sogar durch einen Klageausschluss

---

<sup>567</sup> BT-Drs. 17/5335, S. 20.

<sup>568</sup> Ebenso Ulrici, in: MüKoZPO, § 278a, Rn. 14; a.A. ohne Begründung Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, § 287a, Rn. 3; Prütting, in: Germelmann/Matthes/Prütting, ArbGG, § 54a, Rn. 11.

<sup>569</sup> Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1250; § 6 Abs. 3 Verfahrensordnung Mediation BMWa ; Hacke, ADR-Vertrag, S.142; Mediationsklausel bei Hund v. Hagen, Formularbuch Recht und Steuern, A 13.02; Mediationsklausel Langfassung DGMW; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 332.

<sup>570</sup> Z.B. Klauselvorschlag bei Töben, RNotZ 2013, S. 321, 332; § 8 Abs.1 EUCON-Mediationsordnung; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 100: Antrag an das Gericht gemäß § 278a Abs. 2 i.V.m. § 251 ZPO; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 164.

<sup>571</sup> Mediationsklausel bei Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247; Hacke, ADR-Vertrag, S. 140 m.w.N.

<sup>572</sup> Grothe, in: MüKoBGB, Bd.1, Vor § 194, Rn. 22.

absichere, verhalte sich treuwidrig, wenn er sich anschließend auf den Eintritt einer Ausschlussfrist für ein solches Recht seines Vertragspartners berufe.<sup>573</sup> Wer einen entsprechenden Vertrauenstatbestand gesetzt hat, kann sich demnach nicht auf die Ausschlussfrist zu berufen.<sup>574</sup> Entsprechend werden auch Regelungen zur Erhebung des Einwands in Mediationsvereinbarungen in der Literatur als zulässig beurteilt.<sup>575</sup>

Eine solche vertragliche Regelung ist allerdings mit der Unsicherheit behaftet, ob das Gericht den Einwand anerkennt. Der BGH erkannte den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung in einer älteren Entscheidung nur bei vertraglichen Ausschlussfristen an<sup>576</sup>, während er den Einwand bei gesetzlichen Ausschlussfristen nur vereinzelt bejahte.<sup>577</sup> Vor dieser Unsicherheit warnt auch die Literatur.<sup>578</sup>

Denkbar ist im Umgang mit Ausschlussfristen schließlich auch eine Regelung, wonach die durch eine Ausschlussfrist verlorene Rechtsposition vertraglich neu begründet werden kann.<sup>579</sup> Für vertragliche Ausschlussfristen ist teilweise eine Hemmung bis zum Abschluss oder Scheitern der Mediation geregelt.<sup>580</sup>

### **3. Auswirkungen einer Mediationsklausel auf die Einleitung eines Schiedsgerichtsverfahrens**

Statt eines gerichtlichen Verfahrens haben Konfliktparteien auch die Möglichkeit, ein Schiedsverfahren durchzuführen. Das setzt eine entsprechende Schiedsvereinbarung der Parteien voraus, § 1029 ZPO. Diese kann selbstständig getroffen werden oder mit einer Mediationsvereinbarung kombiniert sein, wie es in Eskalationsklauseln oder Med-Arb-Klauseln der Fall ist. Hier ist das Mediationsverfahren einem Schiedsverfahren vorgeschaltet, muss also vor Einleitung eines Schiedsverfahrens erfolglos durchlaufen worden sein. Im Schiedsverfahren entscheidet ein von den Konfliktparteien gewählter Schiedsrichter anstelle eines staatlichen Gerichts durch bindenden Schiedsspruch (§ 1055 ZPO) über den Konflikt. Wie staatliche Gerichte

---

<sup>573</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 141.

<sup>574</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 140; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 135, der für die Wertung von schwebenden Vergleichsverhandlungen als entsprechendem Vertrauenstatbestand RGZ 148, 298, 300; 57, 372, 376 sowie BGH VersR 1971, 439, 440 als st. Rspr. anführt.

<sup>575</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 164.

<sup>576</sup> BGHZ 31, 77, 83.

<sup>577</sup> BGH NJW 1975, 1698.

<sup>578</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 30; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 99; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 164.

<sup>579</sup> Nelle/Hacke, ZKM 2002, S. 257, 261; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 164.

<sup>580</sup> Mediationsklausel bei Hund v. Hagen, Formularbuch Recht und Steuern, A 13.02.



wendet auch das Schiedsgericht im Grundsatz rechtliche Maßstäbe an.<sup>581</sup> Wegen der konsens- und interessenorientierten Ausrichtung des Mediationsverfahrens kann eine gleichzeitige Durchführung von Schieds- und Mediationsverfahren – wie auch beim rechtsbasierten Gerichtsverfahren – kontraproduktiv für den Erfolg des Mediationsverfahrens sein. Einige Mediationsordnungen und Musterklauseln sehen deshalb vor, dass neben dem gerichtlichen Verfahren auch die Durchführung eines Schiedsverfahrens unzulässig ist.<sup>582</sup> Ein solcher Schiedsklageverzicht kann grundsätzlich auch der Schiedsklage entgegengehalten werden.<sup>583</sup> Wie beim staatlichen Gerichtsverfahren ist die gleichzeitige Durchführung von Schieds- und Mediationsverfahren wegen der Ausrichtung des Schiedsverfahrens auf Rechtspositionen in der Regel kontraproduktiv für das Gelingen des Mediationsverfahrens. Ignoriert eine Partei die Mediationsvereinbarung und stellt einen Schiedsantrag nach § 1044 S. 1 ZPO, wird das Schiedsgericht dennoch zunächst gebildet. Der Schiedsklageverzicht verhindert das nicht, da die Konstituierung des Schiedsgerichts auch ohne die Mitwirkung der Schiedsbeklagten über die mit der Schiedsklausel gewählte Schiedsorganisation oder nach § 1035 Abs. 4, 5 ZPO durch das zuständige staatliche Gericht erfolgen kann.<sup>584</sup> Die Einrede betrifft insofern nur die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Entscheidung über den Rechtsstreit. Das Schiedsgericht entscheidet über seine Zuständigkeit gemäß § 1040 Abs. 1, 2 ZPO selbst.<sup>585</sup> Wegen des durch die Einleitung des Schiedsgerichtsverfahrens bereits entstandenen Aufwands wird vorgeschlagen, das Schiedsgerichtsverfahren während der Durchführung des Mediationsverfahrens ruhen zu lassen, um den Parteien nicht das Risiko einer erneuten regelmäßig zeit- und kosten- aufwändigen Konstituierung eines Schiedsgerichtsverfahrens aufzubürden.<sup>586</sup> Gegen diese Lösung spricht – ebenso wie bei der Frage, ob statt einer Klageabweisung das Ruhen des Gerichtsverfahrens angeordnet werden soll – das die Erfolgsaussichten des Mediationsverfahrens erheblich gemindert werden könnten, wenn ein begonnenes Schiedsverfahren im Hintergrund schwebt. Andererseits kann ein Schiedsgerichtsverfahren unter Umständen deutlich

---

<sup>581</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, D., I. Rn. 27.

<sup>582</sup> Z.B. § 6 Abs.1 BMWA-Mediationsordnung; § 9, 93. DIS-Mediationsordnung.

<sup>583</sup> Hess, in: Haft/v.Schlieffen, § 43, Rn. 16; Dendorfer-Ditges, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, N, IV., Rn. 26; Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 210; Tochtermann, ZZPInt (2006), 429, 475.

<sup>584</sup> Dendorfer-Ditges, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, N, IV., Rn. 27.

<sup>585</sup> BGH, Beschluss vom 14.1.2016 – I ZB 50/15, NJW-RR 2016, S. 703, 704; Dendorfer-Ditges, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, N, IV., Rn. 27.

<sup>586</sup> Dendorfer-Ditges, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, N, IV., Rn. 28 mit Verweis auf die entsprechende Möglichkeit nach §§ 1042 Abs. 3 und 4, 251 ZPO; Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 210; Tochtermann, ZZPInt (2006), S. 429, 475; Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 478.

kostenaufwändiger sein als ein gerade erst begonnenes Gerichtsverfahren. Deswegen kann nicht grundsätzlich angenommen werden, dass die Parteien regelmäßig das Scheitern des Schiedsverfahrens bezwecken. Hinzu kommt, dass die Parteien neben dem Mediationsverfahren auch ein Schiedsverfahren vereinbart haben, also ein ausdrücklicher Wille besteht, ein Schiedsverfahren durchzuführen. Das ist bei der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens trotz Mediationsvereinbarung nicht zwingend der Fall. Diese Erwägungen können aber allenfalls ein Indiz dafür sein, dass die Parteien ein Ruhen des schiedsgerichtlichen Verfahrens bezweckt haben. Letztlich entscheiden die Umstände des Einzelfalls.

#### **4. Auswirkungen einer Mediationsklausel auf sonstige Verfahren**

In vielen Mustermediationsklauseln ist vorgesehen, dass gerichtliche Eilverfahren, insbesondere ein Arrest- oder einstweiliges Verfügungsverfahren, jederzeit durchgeführt werden dürfen.<sup>587</sup> Das entspricht der gängigen Praxis bei Schiedsklauseln, die nach § 1033 ZPO Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz nicht ausschließen. Bei Schiedsklauseln ist das Problem bekannt, dass diese nicht konkretisieren, welche Streitigkeiten dem ordentlichen Rechtsweg entzogen werden sollen, sodass im Einzelfall nicht klar ist, ob z.B. auch Urkundsprozesse oder Mahnverfahren umfasst sein sollen.<sup>588</sup> Bei der Schiedsvereinbarung ist die konkrete Parteivereinbarung maßgeblich.<sup>589</sup> Ist eine Schiedsvereinbarung uneindeutig formuliert, ist sie grundsätzlich weit auszulegen.<sup>590</sup>

Treffen die Mediationsklauseln eine solche Vereinbarung nicht, ist umstritten, ob Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes oder ein selbstständiges Beweisverfahren zulässig sind. Rechtsprechung existiert dazu bisher nicht.

Die Literatur nimmt mehrheitlich an, dass Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 916 ff. ZPO) grundsätzlich nicht vom Klageverzicht in Mediationsklauseln erfasst sind.<sup>591</sup> Für

---

<sup>587</sup> Beispielsweise bei Risse, in: Hoffmann-Becking/Gebele, BeckPFormB BHW, XII. 9.; Mediationsklausel der RICS; Mediationsklausel bei Hund v. Hagen, Formularbuch Recht und Steuern, A. 13.02; § 6 Abs.2 Verfahrensordnung Mediation BMWA ; § 10 Abs.3 DGMW- Mediationsordnung; § 9 9.3 DIS- Mediationsklausel.

<sup>588</sup> Zur insoweit unklaren Regelung des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) ausführlich Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO, § 1032 Rn. 9.1 ff.

<sup>589</sup> Für die Schiedsvereinbarung BGH NJW 1994, S. 136; ebenso bei Mediationsklauseln: Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 207.

<sup>590</sup> BGH, Urteil vom 31.5.2007 – III ZR 22/06, SchiedsVZ 2007, S. 215, 216, Rn. 11: Sie schließen grundsätzlich außer der ordentlichen Klage auch den Urkundenprozess aus.

<sup>591</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 13 unter Fn. 32; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 209; Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 60; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 332; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 12; jedenfalls, wenn diese für eine effektive Rechtsdurchsetzung erforderlich sind: Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 70.

diese Ansicht spricht schon § 1033 ZPO, der für Schiedsgerichtsverfahren klarstellt, dass Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zulässig bleiben. Die Vorschrift dient der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes<sup>592</sup> und muss auch für das Mediationsverfahren gelten.<sup>593</sup> Denn selbst das im Verhältnis zum gerichtlichen Verfahren schnelle Mediationsverfahren kann in dringenden Fällen zu viel Zeit in Anspruch nehmen und dadurch zu Rechtsverlusten führen. Insbesondere können die Einleitung des Verfahrens und die Beauftragung des Mediators, für die regelmäßig die Zusammenarbeit der Parteien erforderlich ist, zeitaufwändig sein.<sup>594</sup> Nur durch einstweiligen Rechtsschutz können die Parteien Rechtsverluste vermeiden. Richtigerweise wird auch betont, dass es dem Zweck der Mediation widerspreche, positive Ergebnisse zu erzielen, wenn vorläufige Maßnahmen trotz der Gefahr einer Anspruchsvereitelung nicht beantragt und erlassen werden dürften.<sup>595</sup> Schließlich spricht auch gegen einen Ausschluss von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, dass der Streitgegenstand anders als beim Gerichtsverfahren nicht der Anspruch selbst, sondern dessen zwangsweise Sicherung ist.<sup>596</sup> Von Vorteil ist dennoch eine Klarstellung in der Mediationsklausel selbst, dass Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nicht erfasst sind.<sup>597</sup>

Da „sichernde Maßnahme in Bezug auf den Streitgegenstand“ im Sinn des § 1033 ZPO auch das selbständige Beweisverfahren nach §§ 485 ff. ZPO ist<sup>598</sup> und die Grundsätze des § 1033 ZPO a maiore ad minus auch auf Mediationsklauseln zu übertragen sind, ist mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur anzunehmen, dass das selbstständige Beweisverfahren nicht vom Klageverzicht erfasst ist.<sup>599</sup>

Auch schließt der dilatorische Klageverzicht einen Mahnantrag nicht aus. Der dilatorische Klageverzicht hemmt die Klagbarkeit des Anspruchs nur vorübergehend – der Rechtspfleger kann dagegen nur offensichtlich unbegründete oder nicht gerichtlich durchsetzbare Anträge zurückweisen.<sup>600</sup>

---

<sup>592</sup> Voit, in: Musielak/Voit, ZPO, § 1033 Rn. 1.

<sup>593</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 209.

<sup>594</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 12.

<sup>595</sup> Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 60; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 72.

<sup>596</sup> Friedrich, MDR 2004, S. 481, 484.

<sup>597</sup> Töben RNotZ 2013, S. 321, 332.

<sup>598</sup> Münch, in: MüKoZPO, Bd.3, § 1033, Rn. 7.

<sup>599</sup> Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, 305, 310; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 209; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 332; OLG Köln, BauR 2002, 1120ff.; a.A. Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 34.

<sup>600</sup> Friedrich, MDR 2004, S. 481, 484; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 35.

## II. Materielle Wirkungen von Mediationsklauseln

Auch die materiellen Auswirkungen der Mediationsklausel sind umstritten. Dazu gehören die bereits beschriebenen vertraglichen Pflichten<sup>601</sup> und die Auswirkungen von Mediationsvereinbarung auf gegenseitige Forderungen der Vertragsparteien aus dem Hauptvertrag.

### 1. Vertragspflichten

Welche Pflichten die Vertragsparteien haben, ergibt sich primär aus der Formulierung der konkreten Mediationsvereinbarung.<sup>602</sup> Werden die aus der Klausel resultierenden Pflichten nicht deutlich<sup>603</sup>, sind diese durch Auslegung zu ermitteln<sup>604</sup>, wobei der Parteiwille das wesentliche Kriterium ist, §§ 133, 157 BGB. Nach der hier vertretenen Ansicht folgen aus der Mediationsklausel **verfahrenseinleitende Mitwirkungspflichten** sowie die **Pflicht zur Teilnahme an der ersten Mediationssitzung**. Eine darüber hinausgehende Verhandlungspflicht oder eine Verpflichtung zur Lösungsfindung ist wegen des Prinzips der Freiwilligkeit und der Eigenverantwortlichkeit abzulehnen.

### 2. Auswirkungen auf „mediationsbefangene“ Forderungen

Durch die Mediationsklausel äußern die Vertragsparteien ihren Willen, dass ein noch in der Zukunft liegender Streitgegenstand in einem Mediationsverfahren geklärt werden solle. Dadurch werden Forderungen dieses Streitgegenstandes zu „mediationsbefangenen“ Forderungen. Regelmäßig liegt es im Interesse der Vertragsparteien, diese Forderungen während der Durchführung des Mediationsverfahrens zu erhalten. Rechtsverluste drohen durch den Ablauf von Verjährungsfristen und durch die Aufrechnung mit oder gegen eine mediationsbefangene Forderung: Der Ablauf einer Verjährungsfrist führt zu einem auf seine Einrede hin zu beachtenden dauernden Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners<sup>605</sup>, die Durchsetzung des Anspruchs wird unmöglich. Eine wirksame Aufrechnung führt zum Erlöschen des Anspruchs.

Treffen Mediationsklauseln keine ausdrücklichen Regelungen zur Verjährung und zur Aufrechnung, oder sind derartige Absprachen unzulässig, stellt sich die Frage, ob Mediationsklauseln

---

<sup>601</sup> Dazu Teil 2, II.

<sup>602</sup> Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 481; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3 Rn. 78; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 19.

<sup>603</sup> Dazu Tochtermann, ZJPInt 11 (2006), S. 429, 461.

<sup>604</sup> Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 481.

<sup>605</sup> § 214 BGB.

grundsätzlich Auswirkungen auf die Verjährungshemmung haben oder eine Aufrechnung verhindern können.

#### **a) Auswirkung von Mediationsklauseln auf die Verjährungshemmung**

Mediationsklauseln sind Teil eines Vertrags, der ein Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien mit gegenseitigen Forderungen begründet. Das Mediationsverfahren wird für den Fall vereinbart, dass zwischen den Parteien ein Konflikt entsteht, der üblicherweise die gegenseitigen Forderungen umfasst oder diese beeinflusst. Die Mediationsklausel kann je nach Parteivereinbarung alle oder auch nur einzelne Streitgegenstände aus dem Hauptvertrag erfassen. Durch die Einbeziehung von Streitgegenständen bzw. Forderungen in die Mediationsklausel zeigen die Vertragsparteien, dass über diese Forderungen (zunächst) in einem Mediationsverfahren verhandelt werden soll. Unternehmen wollen in der Regel Rechtsverluste und damit auch eine Verjährung dieser „mediationsbefangenen Forderungen“ vermeiden. Das gilt insbesondere während des Mediationsverfahrens. Sollte dieses scheitern, könnten die Parteien ihre Ansprüche dann immer noch in einem gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahren geltend machen.

Schon die EU-Mediationsrichtlinie betonte, dass die zum Gegenstand eines Mediationsverfahrens gemachten Ansprüche während des Mediationsverfahrens nicht verjähren dürfen, so dass die Parteien diese ggf. anschließend noch gerichtlich oder schiedsgerichtlich geltend machen können.<sup>606</sup> Der Gesetzgeber stellte beim Entwurf des Mediationsgesetzes klar, dass die Mediation unter den Begriff der Verhandlung des § 203 S. 1 BGB fällt.<sup>607</sup> Gemäß § 203 S. 1 BGB ist die Verjährung gehemmt, solange Verhandlungen über den Anspruch stattfinden und bis eine Partei die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert.

In Verhandlungen befinden sich die Parteien jedenfalls, sobald das Mediationsverfahren eingeleitet ist.<sup>608</sup> Damit ist die schon vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes diskutierte Frage,

---

<sup>606</sup> RL 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen v. 21.5.2008 (ABl. EU Nr. L 136 S. 3).

<sup>607</sup> BT-Drs. 17/5335, S. 11, dies entspricht auch der weiten Auslegung des Verhandlungsbegriffs in der Literatur und Rechtsprechung, zuletzt z.B. BGH Beschl. v. 8.12.2011 – V ZR 110/11, BeckRS 2012, 1025; BGH NJW 2007, 587; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 83; Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, S. 163, 165; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 20; Grothe, in: MüKo BGB, 7. Auflage 2015, § 203, Rn. 5, ebenso Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 193; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 330; vor der Schuldrechtsreform wurde noch vertreten, dass durch die Einleitung des Mediationsverfahrens die Verjährung nicht unterbrochen werde, Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 29.

<sup>608</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 21; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 31.

ob die Verjährung bei Mediationsverfahren gehemmt ist, geklärt worden. Allerdings gibt die gesetzliche Lösung keine Antwort auf die „Kardinalfrage“<sup>609</sup> der Parteien: Ab wann genau sich die Vertragsparteien in Verhandlungen befinden, mithin die Verjährungshemmung beginnt und endet.<sup>610</sup> Gerade für Unternehmen ist es aufgrund der häufig sehr hohen Streitwerte bei Wirtschaftskonflikten wichtig zu wissen, ab wann eine Verjährung droht<sup>611</sup> bzw. wie eine Verjährungshemmung eingeleitet werden kann. Die Einleitung des Mediationsverfahrens als Beginn der Verjährungshemmung ist ein später Zeitpunkt, weil sich die Parteien zunächst über die Aufnahme des Verfahrens verständigen und auf die Person des Mediators einigen müssen.<sup>612</sup> Fraglich ist daher, ob auch schon vor Einleitung des Mediationsverfahrens eine gesetzliche Verjährungshemmung ausgelöst wird. Von Interesse ist insbesondere, ob bereits durch Vereinbarung der Mediationsklausel die Verjährungshemmung beginnt. Als weitere mögliche Zeitpunkte kommen beispielsweise Verhandlungen über die Einleitung des Verfahrens nach Konflikteintritt oder die erst im Konfliktfall getroffene Mediationsvereinbarung in Betracht.

### **1) Gesetzliche Verjährungshemmung bei Mediationsklauseln**

Maßgeblich ist für den Beginn der Verjährungshemmung, ob eine Mediationsvereinbarung bereits als „Verhandlungen“ gemäß § 203 S. 1 BGB anzusehen ist. Allgemein ist im Zusammenhang mit § 203 BGB anerkannt, dass eine Verhandlung auch bei einem ernsthaften Meinungsaustausch über den Anspruch und seine tatsächlichen Grundlagen vorliegt.<sup>613</sup> Droht der Verlust von Rechten, ist das Mediationsverfahren häufig keine vielversprechende Alternative zum Gerichtsverfahren.<sup>614</sup> Laut Gesetzesbegründung zum Mediationsgesetz beginnt die Verjährungshemmung deshalb bereits durch Gespräche, ob ein Mediationsverfahren durchgeführt werden soll. Für den Beginn der Verjährungshemmung sei schon ausreichend, wenn die andere Partei signalisiert, über den Mediationsvorschlag nachzudenken.<sup>615</sup> Auch in der Literatur

---

<sup>609</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 87.

<sup>610</sup> „tatbestandliche Unschärfe“ des § 203 BGB: Eidenmüller/Prause, NJW 2008, S. 2737, 2741.

<sup>611</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., Rn. 21.

<sup>612</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 21.

<sup>613</sup> BGH NJW 2007, S. 587; BGH NJW 2004, S. 1654; BGH NJW-RR 2001, S. 1168, 1169; BGH NJW 2001, S. 1723; BGH NJW 2001, S. 885, 886.

<sup>614</sup> Erwägungsgrund Nr. 24 der Mediations-Richtlinie 2008/52/EG: „Um die Parteien dazu anzuregen, die Mediation in Anspruch zu nehmen, sollten die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass ihre Regeln über Verjährungsfristen die Parteien bei einem Scheitern der Mediation nicht daran hindern, ein Gericht oder ein Schiedsgericht anzurufen.“; ähnlich Lilja/von Lucius/Tietz, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 1, 2., Rn. 43.

<sup>615</sup> BT-Drs. 17/5335, S. 11; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 87; ebenso Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 41 ZPO, Rn. 5.

wird vertreten, dass als Verhandlungen auch Gespräche über die Einleitung eines Mediationsverfahrens anzusehen sind.<sup>616</sup> Spätestens beginnen Verhandlungen daher mit einer im Konfliktfall getroffenen Mediationsvereinbarung.<sup>617</sup>

Auf Mediationsklauseln passen diese Erwägungen allerdings nicht. Bei diesen haben sich die Parteien, anders als bei einer ad hoc im Konfliktfall getroffenen Vereinbarung, schon vor Eintritt des Konflikts dazu entschieden, ein Mediationsverfahren durchzuführen. Zum Zeitpunkt der Formulierung der Mediationsklausel – in der Regel bei Vertragsschluss des Hauptvertrages – besteht noch kein Konflikt zwischen den Parteien, da sie durch den Hauptvertrag gerade erst ihr Vertragsverhältnis begründen – somit können auch noch keine Verhandlungen über einen Anspruch im Sinn des gesetzlichen Hemmungstatbestands des § 203 BGB stattgefunden haben. Die Verjährungshemmung kann daher nicht bereits mit Abschluss des Hauptvertrages zu laufen beginnen.<sup>618</sup> Bei der Vereinbarung einer Mediationsklausel kommt daher erst ein späterer Zeitpunkt für den Beginn der Verjährungshemmung infrage.

Im Schiedsgerichtsverfahrensrecht ist die Verjährung vorbehaltlich anderweitiger Parteiabsprachen gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB, § 1044 ZPO gehemmt, sobald der Beklagte den Antrag auf Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens empfangen hat, nicht erst bei Beginn des Schiedsgerichtsverfahrens.<sup>619</sup> Entsprechend könnte auch bei Mediationsklauseln eine Verjährungshemmung dann eintreten, sobald eine der Vertragsparteien der anderen deutlich macht, das Mediationsverfahren beginnen zu wollen. Eine entsprechende gesetzliche Regelung für Mediationsverfahren wurde vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes in der Literatur mehrfach angeregt.<sup>620</sup> Der Gesetzgeber sah diesbezüglich jedoch keinen Regelungsbedarf, was vereinzelt kritisiert wurde.<sup>621</sup>

Vertreten wird in der Literatur überwiegend die Ansicht, dass bei Verwendung einer Mediationsklausel die Verhandlung schon mit der Aufforderung zur Aufnahme des Verfahrens unabhängig von der Reaktion der Gegenseite beginnt.<sup>622</sup> Bei Verwendung einer institutionellen

---

<sup>616</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 48; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 193.

<sup>617</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 193.

<sup>618</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 2, 11., Rn. 7; Wagner, RabelsZ 74 (2010), S. 794, 800.

<sup>619</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 22.

<sup>620</sup> Eidenmüller/Prause, NJW 2008, S. 2737, 2741 f.; Wagner/Thole, in: FS Kropholler, S.915, 940 f.; Wagner, ZKM 2010, S. 172, 173; Wagner, RabelsZ 74 (2010), S. 794, 799; offen: Graf-Schlicker, ZKM 2009, S. 83, 85; Lilja/ von Lucius/ Tietz, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 1 Hintergründe 2., Rn. 43.

<sup>621</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., Rn. 21.

<sup>622</sup> Grothe, in: MüKoBGB, Bd.1, § 203, Rn. 5; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 193; Budzikiewicz, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, § 203, Rn. 28; Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, S. 163, 167; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 70; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 331.

Verfahrensordnung begänne die Verhandlung mit der durch die jeweilige Verfahrensordnung vorgesehenen Maßnahme zur Einleitung des Verfahrens<sup>623</sup>, z.B. durch Anrufung eines institutionellen Anbieters<sup>624</sup>. Gegen diese Ansicht spricht, dass der Verhandlungsbegriff des Gesetzgebers einen Meinungsaustausch voraussetzt, also eine Aktion und eine Reaktion. Einige Stimmen sprechen sich deshalb dafür aus, dass eine Verhandlung erst mit Zustimmung der anderen Partei zur tatsächlichen Durchführung der Mediation vorliegt.<sup>625</sup>

Das würde aber bedeuten, dass ein Vertragspartner, der kein Interesse daran hat, den Zeitraum der Geltendmachung des Anspruchs durch Verjährungshemmung zu verlängern, den Beginn der Verjährungshemmung nach § 203 BGB unterbinden könnte, indem er jeglichen Kontakt vermeidet und nicht reagiert.<sup>626</sup> Gerade kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist wird häufig versucht, noch rechtzeitig eine Hemmung herbeizuführen.<sup>627</sup> Dem Vertragspartner bleiben dann nur andere verjährungsunterbrechende Maßnahmen nach § 204 BGB, wie die Klageerhebung oder die Zustellung eines Mahnbescheids.<sup>628</sup> Ein solches „Auflaufenlassen“ widerspricht aber gerade dem Sinn präventiver Konfliktvereinbarungen, in denen sich die Vertragspartner gerade dazu verpflichtet haben, miteinander zu verhandeln und alles für eine konstruktive Lösungsfindung zu tun.<sup>629</sup> Diese Vereinbarung schafft einen Vertrauenstatbestand, aufgrund dessen der mediationswillige Vertragspartner im späteren Konfliktfall davon ausgehen darf, dass sich auch der andere sich an die Vereinbarung hält und ebenfalls verhandlungswillig ist.<sup>630</sup> Gerichtliche Entscheidungen zu dieser Frage gibt es bislang nicht. In Entscheidungen zum Verhandlungsbegriff des § 203 BGB hat der BGH vertreten, dass Verhandlungen schon dann schweben, wenn eine der Parteien Erklärungen abgegeben habe, aus der der jeweils andere die Annahme schließen dürfe, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein. Nicht erforderlich sei, dass dabei eine Vergleichsbereitschaft oder Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert werde oder

---

<sup>623</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 92.

<sup>624</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 191.

<sup>625</sup> Wagner, ZKM 2012, S. 110; Erfordernis des Einverständnisses für den Beginn von Verhandlungen: Peters/Jacoby, in: Staudinger, Buch 1, § 203, Rn. 9.

<sup>626</sup> Auf dieses Problem weisen auch Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 91 und Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 21 hin.

<sup>627</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 21.

<sup>628</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 91

<sup>629</sup> Darauf weist zu recht Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 21; Verhandlungspflicht: Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, S. 163, 167, ebenso Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 87; Grothe, in: MüKoBGB, Bd.1, § 203, Rn. 5.

<sup>630</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 92; Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, S. 163, 167.



dass Erfolgsaussicht bestehe.<sup>631</sup> Diese Erwägungen sind auf Mediationsklauseln übertragbar: Ist schon vor Eintritt eines Konflikts von den Parteien vereinbart worden, bei Eintritt des Konflikts ein Mediationsverfahren durchzuführen, braucht eine solche Bereitschaft im Konfliktfall nicht erneut erklärt zu werden, um die Verjährungshemmung beginnen zu lassen. Weil es aber nach Konflikteintritt eines Akts bedarf, der als Verhandlungsbeginn zu werten ist, braucht es die Initiative einer Partei zum Beginn des Mediationsverfahrens. Die im Vorfeld des Konflikts abgegebene Erklärung des anderen Vertragspartners wirkt fort, sodass es keiner Reaktion seinerseits mehr bedarf.

Für diese Lösung spricht außerdem, dass die mediationswillige (und damit im Hinblick auf die präventive Mediationsvereinbarung vertragstreue) Partei nicht in Bedrängnis gerät, wenn ein Ablauf der Verjährungsfrist droht: Wenn der Vertragspartner sich nicht darauf verlassen kann, dass die Verjährung allein durch die Aufforderung zur Durchführung der vereinbarten Mediation nach § 203 BGB gehemmt wird, kann er eine Verjährungshemmung nur durch Anrufung einer Gütestelle nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB oder durch Klageerhebung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB herbeiführen.<sup>632</sup> Wegen des regelmäßig in Mediationsklauseln begründeten Klagbarkeitsausschlusses ist eine solche fristwahrende Klage aber nach überwiegender Ansicht unzulässig.<sup>633</sup> Zwar ist die Verjährung auch durch die Erhebung einer unzulässigen Klage gehemmt<sup>634</sup>, die Klageerhebung ist aber unökonomisch und belastet die Gerichte unnötigerweise.<sup>635</sup>

Dieses Dilemma kann nach richtiger Ansicht in der Literatur richtlinienkonform nur so aufgelöst werden, die Verjährungshemmung bei Mediationsklauseln bereits mit der Aufforderung zur Durchführung einer Mediation beginnen zu lassen.<sup>636</sup> Auf welche Ansprüche sich die Verjährungshemmung bezieht, ist durch Auslegung der Mediationsklausel zu klären.<sup>637</sup>

---

<sup>631</sup> BGH, Beschluss vom 8.12.2011 – V ZR 110/11, Rn. 2, BeckRS 2012, 1025; BGH NJW-RR 2005, S. 1044, 1046; BGHZ 182, 76, Rn. 16.

<sup>632</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 191, 198: Diese Variante erlangt vor allem dann Bedeutung, wenn eine Seite einseitig die Verjährungshemmung herbeiführen will, weil weder eine Mediationsklausel noch eine Bereitschaft der anderen Partei besteht sich auf Verhandlungen über die Mediationsabrede einzulassen.

<sup>633</sup> Auf dieses Dilemma und die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit weist auch Hagel hin, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 2, 11., Rn. 7.

<sup>634</sup> St. Rspr. BGH NJW 2011, 2193, 2194; Zu § 204 Nr.13 BGB: BGHZ 160, 259, 263; zustimmend Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 191.

<sup>635</sup> So auch Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 2, 11., Rn. 7.

<sup>636</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 2, 11., Rn. 7.

<sup>637</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 194.

Die Verjährungshemmung endet nach § 203 S. 1 BGB, sobald eine Partei die Verhandlungen verweigert. Die Hemmung der Verjährung in Mediationsverfahren endet aber erst, wenn eine Partei den Beginn der Mediation eindeutig ablehnt.<sup>638</sup> Eine Verweigerung liegt nach der Gesetzesbegründung des Mediationsgesetzes vor, wenn eine der Parteien eindeutig und klar zu erkennen gibt, dass sie keine Mediation beginnen will.<sup>639</sup> Das soll nach einschränkender Ansicht in der Literatur aber nur gelten, wenn damit auch alle anderen Verhandlungen abgelehnt werden.<sup>640</sup> Ähnlich wird auch beim Abbruch einer laufenden oder ruhenden Mediation argumentiert, da die Parteien auch noch ein anderes Konfliktlösungsverfahren wählen könnten.<sup>641</sup> Die Verweigerung kann, muss aber nicht mit dem Abbruch der Mediation zusammentreffen, die Parteien können auch in ein anderes Konfliktlösungsverfahren übergehen.<sup>642</sup> Für das Ende der Verjährungshemmung nach § 203 BGB ist das Scheitern der Verhandlung maßgeblich, nicht das Ende der Mediation.<sup>643</sup>

Teilweise wird es als ausreichend betrachtet, dass die Fortsetzung einer laufenden oder ruhenden Mediation eindeutig von einer Partei abgelehnt wird.<sup>644</sup> Erforderlich ist aber in der Regel ein „doppeltes Nein“, sowohl bezogen auf die Ansprüche als auch bezogen auf weitere Verhandlungen.<sup>645</sup> Nach Ansicht des BGH kann eine Verjährungshemmung aber auch schon dann enden, wenn Verhandlungen einschlafen und eine Phase der Untätigkeit folgt, obwohl nach Treu und Glauben eine Antwort hätte erfolgen müssen.<sup>646</sup> Dieses Ergebnis ist überzeugend, weil bei Bestehen einer Verhandlungspflicht von einer nach Treu und Glauben erforderlichen Antwort auszugehen ist. Folgt aus der Mediationsklausel eine solche Pflicht und schlafen die Versuche zur Einleitung des Verfahrens ein, ist daher von einer Verweigerung und damit einem Ende der Verjährungshemmung auszugehen.

---

<sup>638</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 48.

<sup>639</sup> BT-Drs. 17/5335, S. 11; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 94; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 48.

<sup>640</sup> BT-Drs. 17/5335, S. 11; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 94.

<sup>641</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 195.

<sup>642</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 195.

<sup>643</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 97.

<sup>644</sup> Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 41 ZPO, Rn. 6; BGH NJW 2004, S. 1654, 1655.

<sup>645</sup> Ellenberger, in: Palandt, § 203, Rn. 4; zustimmend Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 94.

<sup>646</sup> Z.B. BGH NJW 2003, 895, 896 f.; BGH NJW 1986, 1337, 1338; BGH NJW 2009, 1806, 1807 f.; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 331; Spindler, in: BeckOK BGB, § 203 Rn. 7; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 96; Ellenberger, in: Palandt, § 203, Rn. 4.

Bei der Verwendung von Mediationsklauseln bestehen also bezüglich Beginn und Ende der gesetzlichen Verjährungshemmung erhebliche Rechtsunsicherheiten. Um dieser Rechtsunsicherheit zu entgehen, wird in der mediationsrechtlichen Literatur nahezu einhellig empfohlen, den Beginn und das Ende der Verjährungshemmung ausdrücklich vertraglich zu regeln.<sup>647</sup>

## **2) „Lösung“ der Mustermediationsklauseln**

Die Regelung des § 203 S. 1 BGB ist vertraglich nicht abdingbar.<sup>648</sup> Zulässig ist aber die Vorverlegung des Beginns der Verjährungshemmung auf einen Zeitpunkt, in dem es noch nicht zu Verhandlungen im Sinn des § 203 BGB gekommen ist (etwa mit Zugang der Aufforderung des Empfängers zur gemeinsamen Einleitung des Mediationsverfahrens).<sup>649</sup> Hinsichtlich der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen wird mit einem Umkehrschluss zu § 202 Abs. 2 BGB argumentiert: Wenn schon verjährungerschwerende Vereinbarungen wie die Schaffung neuer Hemmungsgründe zulässig seien, müsse das doch auch für die Ausdehnung bestehender Hemmungstatbestände gelten.<sup>650</sup> Auch die Vereinbarung anderer Zeitpunkte ist zulässig. Empfohlen wird in diesem Zusammenhang, leicht zu nachzuweisende Zeitpunkte zu vereinbaren, um kostspielige und zeitraubende Auseinandersetzungen über die Verjährung von Ansprüchen zu vermeiden.<sup>651</sup>

Auch können das Ende der Verjährungshemmung durch Parteivereinbarung<sup>652</sup> oder andere Beendigungstatbestände über die ausdrückliche Verweigerung der Verhandlungen hinaus geregelt werden<sup>653</sup>.

---

<sup>647</sup> Z.B. Risse, in: BeckFormB BHW, 9.Mediationsvereinbarung in einem Vertrag, Rn.5; Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, S. 163, 169; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 331; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2 Rn. 23.

<sup>648</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, Buch 1, § 203, Rn. 18; Heinemann, in: Schulze/Grziwotz/Lauda, Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, § 203 BGB, Rn. 4; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 331; zumindest in Individualvereinbarungen zulässig: Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, S. 163, 167, der aber davon abrät, weil § 203 BGB grundsätzlich eine „sinnvolle Funktion“ erfülle.

<sup>649</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 23; Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, S. 163, 167; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 331.

<sup>650</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 331; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 23; Zu vertraglichen Verjährungerschwerungen Grothe, in: MüKoBGB, Bd.1, § 202, Rn. 11.

<sup>651</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 23.

<sup>652</sup> Heinemann, in: Schulze/Grziwotz/Lauda, Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, § 203 BGB, Rn. 4.

<sup>653</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 331.

Auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind entsprechende Ausdehnungen des gesetzlichen Hemmungszeitraums zulässig (z.B. den Beginn der Verjährungshemmung auf die Zustellung des Antrags bei der Institution oder den Zeitpunkt der Aufforderung vorzuverlagern)<sup>654</sup>, da das letztlich nur zu einer Verlängerung der Verjährungsfrist führt. Es ist nicht ersichtlich, warum hierin eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 BGB liegen könnte. Wenn die Stärkung der Privatautonomie im Verjährungsrecht bedeute, dass Fristen massiv verlängert werden können, dann müsse dies erst recht für die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Hemmungsregeln gelten – so eine überzeugende Stimme in der Literatur.<sup>655</sup>

Dementsprechend kann die Verjährungshemmung auch vertraglich herbeigeführt werden, insbesondere durch Verweis auf eine institutionelle Verfahrensordnung, die eine entsprechende Regelung enthält.<sup>656</sup> Nahezu alle Verfahrensordnungen enthalten Regelungen zum Beginn und Ende der Verjährungshemmung und reagieren damit auf die unsichere Rechtslage bei der gesetzlichen Verjährung. Allerdings sind die Bestimmungen der institutionellen Anbieter nicht einheitlich. Häufig wird als Beginn der Verjährung der Zeitpunkt des Zugangs des Mediationsantrags festgelegt<sup>657</sup>, entweder beim Vertragspartner oder der das Verfahren durchführenden Mediationsinstitution. Vereinzelt wird auch der Abschluss der Mediationsvereinbarung als Beginn der Verjährungshemmung festgelegt.<sup>658</sup>

Die meisten Verfahrensordnungen sehen vor, dass das Mediationsverfahren durch schriftlichen Antrag einer Vertragspartei („Mediationsantrag“) an die andere Partei<sup>659</sup> bzw. an die

---

<sup>654</sup> Zweifelhaft ist, ob das auch für eine Eingrenzung des gesetzlichen Hemmungszeitraums gilt, da auf diese Weise auch die Verjährungsfrist verkürzt wird. Es ist davon auszugehen, dass die Literaturstimmen, die eine solche Verkürzung des Hemmungszeitraums schon in Individualvereinbarungen für unzulässig halten, diese auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unzulässig beurteilen. Vereinzelt wird gegen eine unangemessene Benachteiligung eingewendet, dass Einschränkungen des Hemmungszeitraums für den Gläubiger immer noch weniger gravierend seien als eine Fristverkürzung, zumal wenn sie auch in seinem Interesse (Rechtssicherheit) liege. Deshalb sei jedenfalls eine einengende tatbestandliche „Präzisierung“ des § 203 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig, Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, S. 163, 169.

<sup>655</sup> Vgl. Eidenmüller: unangemessene Benachteiligung „schwer vorstellbar“, SchiedsVZ 2003, S. 163, 169.

<sup>656</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 191.

<sup>657</sup> Ohne weitere Spezifizierung Abs.3 der Mediationsvereinbarung bei Risse, in: BeckFormB BHW, unter XII. 9.; Abs.6 der Mediationsklausel von Hund v. Hagen, Formularbuch Recht und Steuern, A.13.02; §§ 18, 3 eucon; § 10 der Mediationsordnung des DGMW; § 9.1, 2.4 Dis-Mediationsordnung; „Tag des Ersuchens einer Konfliktpartei um ein Mediationsverfahren“ §§ 3 Abs.1, 7 Abs.1 Verfahrensordnung Mediation BMWA.

<sup>658</sup> 6.c. Mediationsordnung BMEV.

<sup>659</sup> § 2 Dis-Mediationsordnung; Mediationsvereinbarung bei Risse, in: BeckFormB BHW unter XII. 9.; Langfassung der DGMW-Mediationsklausel unter Abs.2.

Mediationsinstitution<sup>660</sup> initiiert wird.<sup>661</sup> Denkbar ist, dass die Parteien gemeinsam ein Mediationsverfahren beantragen oder die beantragende Partei informiert die andere Partei<sup>662</sup>. Möglich ist auch, dass die Institution den Antrag nach Entrichtung einer Registrierungsgebühr an die andere Konfliktpartei weiterleitet.<sup>663</sup> Teilweise wird auch das Verlangen einer Partei nach einer Mediation für die Einleitung des Verfahrens oder der Abschluss einer Mediationsvereinbarung zwischen Parteien und Mediator als ausreichend angesehen, wobei für die Einleitung des Mediationsverfahrens der frühere der beiden Termine maßgeblich sein soll.<sup>664</sup> Der Tag der Antragsstellung<sup>665</sup> bzw. Zugang des Antrags bei der Institution<sup>666</sup> markiert laut vielen Verfahrensordnungen den offiziellen Beginn des Mediationsverfahrens. Teilweise wird klargestellt, dass das auch den Beginn der Verjährung darstellt.<sup>667</sup>

Bei den meisten Klauseln endet die Verjährungshemmung nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums nach Beendigung bzw. dem Ende der Mediation<sup>668</sup>, wobei das Ende der Mediation und die verschiedenen Varianten der Beendigung in der Regel konkretisiert werden.<sup>669</sup> Eine Beendigung kann durch die Parteien, den Mediator oder auch durch die beauftragte Mediationsinstitution erfolgen, z.B. wenn eine Frist zur Verfahrensfortführung abgelaufen ist, Zahlungen nicht eingegangen sind, die Ernennung eines Mediators fehlgeschlagen oder keine Abschlussvereinbarung zustande gekommen ist<sup>670</sup>. Die meisten Mediationsordnungen sehen vor, dass die Parteien das Verfahren schriftlich gegenüber der Institution beenden müssen. Als beendet gilt das Verfahren nach allen Verfahrensordnungen, wenn die Parteien gemeinsam die Abschlussvereinbarung oder eine Teilvereinbarung unterzeichnet haben oder die Mediation ge-

---

<sup>660</sup> Siehe § 2 Abs.1 der EUCON-Mediationsordnung, Artikel 2, 1 ICC- Mediations- Regeln.

<sup>661</sup> Beide Varianten sind nach § 3 Verfahrensordnung Mediation BMWA zulässig. Der BMEV trifft keine Regelung zur Einleitung des Verfahrens.

<sup>662</sup> ICC-Mediations-Regeln.

<sup>663</sup> Siehe § 2 Abs.1, 4 der EUCON-Mediationsordnung, beides zulässig nach § 3 Verfahrensordnung Mediation BMWA. Der BMEV trifft keine Regelung zur Einleitung des Verfahrens.

<sup>664</sup> § 2 Nr.1 der DGMW- Mediationsordnung.

<sup>665</sup> § 3 Abs.1 Verfahrensordnung Mediation BMWA.

<sup>666</sup> § 3 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>667</sup> Z.B. §§ 2,3 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>668</sup> Frühestens drei Monate nach Beendigung des Mediationsverfahrens § 9 9.2. DIS; § 7 Abs.1 Verfahrensordnung Mediation BMWA ; 6.c.MEDIATIONSORDNUNG BMEV; drei Monate nach Ende der Hemmung, § 10 1.DGMW; „bis zum letzten Kalendertag des Monats, in dem das Scheitern der Mediation erklärt wird“, Risse, in: Hoffmann-Becking/Gebele, BeckPFormB BHW, unter XII. 9.

<sup>669</sup> Art.8 ICC-Mediations-Regeln

<sup>670</sup> Vgl. Artikel 8e) bis g) ICC-Rules; § 13 eucon.

scheitert ist. Betont wird in allen Verfahrensordnungen, dass jede Partei die Mediation jederzeit durch einseitige Erklärung beenden kann; meist ist dafür die Schriftform vorgesehen. Häufig wird das offizielle Ende der Mediation dann nach einem gewissen Zeitraum nach Zugang der Erklärungen unterstellt. Die Beendigung durch den Mediator kann z.B. erfolgen, wenn dieser nicht mehr an den Erfolg bzw. Durchführbarkeit der Mediation glaubt. Sie unterliegt aber teilweise auch höheren Anforderungen wie einer Kündigung nur aus wichtigem Grund.<sup>671</sup> Die Regelungen der institutionellen Anbieter werden wegen ihrer Uneinheitlichkeit und der Tatsache kritisiert, dass der Lauf der Verjährungshemmung teilweise nur ex post bestimmbar sei, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führe.<sup>672</sup>

## **b) Aufrechnung mit und gegen mediationsbefangenen Forderungen**

Macht eine Partei eine nicht von der Mediationsklausel umfasste Forderung gerichtlich geltend und hat der Anspruchsgegner eine mediationsbefangene Gegenforderung, stellt sich die Frage, ob er **mit** dieser mediationsbefangenen Forderung aufrechnen kann. Desweiteren ist fraglich, ob auch eine Aufrechnung **gegen** eine mediationsbefangene Forderung möglich ist. Ließe man die Aufrechnung mit einer mediationsbefangenen Forderung zu, ohne dass es zuvor zu einem Mediationsverfahren gekommen ist, würde im Rahmen des Gerichtsverfahrens über die mediationsbefangene Forderung entschieden werden. Eine solche Überprüfung der mediationsbefangenen Forderung durch das Gericht liegt aber möglicherweise nicht im Interesse der Parteien, wenn sie die entsprechende Forderung zum Gegenstand eines Mediationsverfahrens und eben nicht eines gerichtlichen Verfahrens machen wollten. Wird über die Hauptforderung vor Gericht gestritten, während die Parteien versuchen, einen Streit über eine Gegenforderung im Mediationsverfahren beizulegen, ist eine Konfliktlösung unwahrscheinlich.<sup>673</sup>

### **1) Ausdrückliches Aufrechnungsverbot als Aufrechnungshindernis**

Eine wirksame Aufrechnung setzt neben der Aufrechnungslage und einer Aufrechnungserklärung voraus, dass in der Mediationsklausel kein Aufrechnungsverbot enthalten ist und keine gesetzlichen Aufrechnungsverbote greifen. Enthält eine Mediationsklausel oder Verfahrens-

---

<sup>671</sup> § 13 Abs.5 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>672</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 2, 11.,1., Rn. 6.

<sup>673</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 94.

ordnung ein ausdrückliches Aufrechnungsverbot, liegt ein Aufrechnungshindernis vor. Ein Aufrechnungsverbot bezüglich der Aufrechnung mit einer mediationsbefangenen Forderung verhindert eine Aufrechnung im Prozess, unabhängig davon, ob sie im Prozess oder außerhalb davon erklärt wird.<sup>674</sup> Das Gericht hat das Aufrechnungsverbot von Amts wegen zu berücksichtigen.<sup>675</sup> Ein für die Dauer der (erfolgreichen oder erfolglosen) Mediation begrenztes Aufrechnungsverbot ist möglich.<sup>676</sup> Ist die Mediation erfolgreich beendet worden, kann im folgenden Rechtsstreit die anhängige Hauptforderung mit der Gegenforderung in der Höhe, die im Rahmen des Mediationsvergleichs von den Parteien festgelegt wurde, aufgerechnet werden. Bei erfolgloser Mediation wird im (schieds-)gerichtlichen Verfahren über die Gegenforderung entschieden (§§ 145 Abs. 3, 322 Abs. 2 ZPO).<sup>677</sup>

In den institutionellen Regelungen finden sich allerdings keine Aufrechnungsverbote. Ein weitere mögliche Lösung, um zu verhindern, dass im gerichtlichen Verfahren über eine mediationsbefangene Forderung entschieden wird, ist die Aussetzung des Rechtsstreits und der „Verweis“ auch der Hauptforderung in das Verfahren vor dem Mediator nach § 278a ZPO.<sup>678</sup> Zu finden ist in einer Musterklausel die Verpflichtung der Parteien, im Fall der Aufrechnung mit einer mediationsbefangenen Forderung in einem gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahren das Ruhen des Verfahrens für die Dauer des Mediationsverfahrens zu beantragen.<sup>679</sup> Dafür ist allerdings ein Einverständnis der Parteien erforderlich und es fehlt eine Mediationsvereinbarung hinsichtlich der Hauptforderung.

Ist in der Mediationsklausel oder Verfahrensordnung kein Aufrechnungsverbot enthalten, stellt sich die Frage, ob Mediationsklauseln ein konkludentes Aufrechnungsverbot enthalten: Schließlich wollten die Parteien durch die Mediationsklausel bestimmte Forderungen zum Gegenstand eines Mediationsverfahrens machen und gerade kein (schieds-)gerichtliche Entscheidung über die Forderungen herbeiführen. Darüber hinaus kommen gesetzliche Aufrechnungsverbote in Betracht.

---

<sup>674</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 213.

<sup>675</sup> BGH NJW 2002, S. 2779; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 213; Wagner, in: Erman, BGB, § 387, Rn. 27.

<sup>676</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 211.

<sup>677</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 95.

<sup>678</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 94.

<sup>679</sup> § 8 Abs. 1 EUCON-Mediationsordnung.

## **2) Die Mediationsklausel als konkludentes Aufrechnungsverbot?**

Ob Mediationsklauseln auch ohne konkrete Vereinbarung die Aufrechnung mit oder gegen mediationsbefangene Forderungen verhindern, wird in der Literatur nur selten thematisiert. Im Hinblick auf Schiedsvereinbarungen wird überwiegend vertreten, dass diese nicht nur den Klageweg dauerhaft ausschließen, sondern auch eine Aufrechnung mit einer schiedsbefangenen Forderung gegen eine rechtshängige Hauptforderung im Prozess.<sup>680</sup> Der BGH hat Schiedsvereinbarungen (wenngleich nicht zwingend<sup>681</sup>) als konkludentes Aufrechnungsverbot gedeutet bzw. als prozessuales Verbot, sich auf die materiell erfolgte Aufrechnung zu berufen.<sup>682</sup> Als Begründung führt er an, dass die Parteien nach dem Schiedsvertrag verpflichtet sind, das Zustandekommen des Schiedsspruchs zu fördern und alles zu unterlassen, was jenes Ziel vereiteln könnte. Damit hätten sie sich verpflichtet, die Prüfung, ob die Forderung besteht, nicht dem ordentlichen Gericht zu unterbreiten. Sie handelten entgegen dieser Abrede, wenn sie diese Prüfung durch die Einrede der Aufrechnung herbeizuführen suchten. Im Prozess dürfe daher die Aufrechnung mit einer Gegenforderung nicht beachtet werden, wenn letztere mit einer rechtswirksamen Schiedsabrede versehen ist.<sup>683</sup>

Eine schiedsbefangene Forderung kann demnach nur in einem Schiedsgerichtsverfahren geltend gemacht werden. Allerdings soll auch aus der Schiedsvereinbarung kein materiell-rechtliches Aufrechnungsverbot folgen<sup>684</sup>, sodass eine Aufrechnung zulässig ist, solange die Hauptforderung nicht rechtshängig ist.<sup>685</sup> Überträgt man diese Grundsätze auf Mediationsklauseln, ist eine Aufrechnung mit einer mediationsbefangenen Forderung gegen eine Hauptforderung lediglich vor Rechtshängigkeit möglich.

Eine Übertragung der Grundsätze zu Schiedsvereinbarungen wird in der mediationsrechtlichen Literatur allerdings abgelehnt. Gegen eine Übertragung dieser Grundsätze wird argumentiert, dass Mediationsvereinbarungen, anders als Schiedsvereinbarungen, den Rechtsweg nur vorübergehend ausschließen.<sup>686</sup> Außerdem hebele eine wirksame Aufrechnung die Mediationsklausel anders als eine Schiedsvereinbarung nicht aus, da diese nicht auf eine bindende

---

<sup>680</sup> Grüneberg, in: Palandt, § 387, Rn. 14; Geimer, in: Zöller, ZPO, § 1029, Rn. 85; Darstellung der verschiedenen Ansichten bei Berger, RIW 1998, 426, 429 f., der grundsätzlich von der Unzulässigkeit der Aufrechnung ausgeht, aber Ausnahmen zulässt, S. 430; BGHZ 23, 17, 23 f.; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 93; Skamel, in: BeckOGK BGB, § 390, Rn. 5.

<sup>681</sup> BGHZ 38, 254, 257.

<sup>682</sup> BGHZ 38, 254, 257; BGHZ 60, 85, 90; ebenso Geimer, in: Zöller, ZPO § 1029, Rn. 85.

<sup>683</sup> BGH NJW 1963, 243; zu möglichen Ausnahmen von diesem Grundsatz Geimer, in: Zöller, ZPO, § 1029, Rn. 86.

<sup>684</sup> BGHZ 23, 17, 23 f.; BGHZ 38, 254, 257 f.; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 93.

<sup>685</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 93.

<sup>686</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 211.



streitige Entscheidung abziele.<sup>687</sup> Durch das Erlöschen von Forderung und Gegenforderung könne über die schiedsbefangene streitige Forderung nicht mehr wie ursprünglich geplant bindend entschieden werden. Die Mediationsklausel zielen auf eine solche Entscheidung hingegen gar nicht ab.<sup>688</sup>

Auch spricht gegen die Annahme eines grundsätzlichen prozessualen Aufrechnungsverbot durch Mediationsklauseln, dass die Parteien zwar durch die Mediationsklausel zeigen, dass sie bezüglich dieser Forderungen ein Mediationsverfahren vor Klageerhebung durchführen wollen. Das bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass deshalb eine Aufrechnung mit einer mediationsbefangenen Forderung nicht zulässig sein soll. Es kann nicht allgemein angenommen werden, dass die Parteien durch die Mediationsvereinbarung auf die Möglichkeit der Aufrechnung als Schutz gegen eine Gegenforderung verzichten wollten.<sup>689</sup> Vielmehr ist den Parteien regelmäßig in erster Linie daran gelegen, möglichst schnell und kostengünstig Konflikte zu beseitigen. Eine Aufrechnung führt zum Erlöschen beider Forderungen, reduziert dadurch Konflikte und ermöglicht letztlich eine Befriedigung ohne gerichtliches Verfahren.<sup>690</sup> Würde man die Parteien bezüglich der Gegenforderung auf die Durchführung eines Mediationsverfahrens verweisen und sie parallel ein gerichtliches Verfahren bezüglich der Hauptforderung führen lassen, wäre der zeitliche Aufwand nicht minimiert und es entstünden die Kosten des Mediationsverfahrens. Das Mediationsverfahren wird kaum erfolgreich sein, wenn sich die Parteien im (streitigen!) gerichtlichen Verfahren nicht einigen können. Eine Einigung im Mediationsverfahren ist aber nicht zu erreichen, wenn man eine Aufrechnung nicht zulässt und auf der Durchführung des Mediationsverfahrens bezüglich der mediationsbefangenen Gegenforderung besteht, während gleichzeitig über die Hauptforderung bei Gericht gestritten wird.<sup>691</sup> Auch eine Aufrechnung gegen eine mediationsbefangene Forderung ist durch eine Mediationsklausel nicht grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>692</sup> Ebenso hindert ein Klageverzicht nicht an der Aufrechnung mit der ihm unterfallenden Forderung, da er sich nur auf die Durchsetzung der Forderung durch Klage bezieht.<sup>693</sup>

---

<sup>687</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 36 unter Fn.63.

<sup>688</sup> Friedrich, a.a.O., ebenso Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 188.

<sup>689</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 168, 211; im Ergebnis ebenso Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 94; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 13.

<sup>690</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 168.

<sup>691</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 94.

<sup>692</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 212.

<sup>693</sup> Friedrich, MDR 2004, S. 481, 484.

Im Ergebnis ist daher eine Aufrechnung mit oder gegen<sup>694</sup> eine mediationsbefangene Forderung auch nach Rechtshängigkeit der Hauptforderung möglich.<sup>695</sup> Werden mediationsbefangene Forderungen eingeklagt, droht ohnehin die Abweisung der Klage als unzulässig, sodass über eine Aufrechnung gar nicht entschieden werden muss. Das schließt nicht aus, dass in Einzelfällen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine Aufrechnung auch ohne ausdrücklich vereinbartes Aufrechnungsverbot angenommen werden kann<sup>696</sup>, eine ausdrückliche Parteivereinbarung ist aber in jedem Fall empfehlenswert.

### **3) Aufrechnungsverbot nach § 390 BGB?**

Der (ausdrücklich vereinbarte) vorläufige Klageverzicht ist als Prozesshindernis einzuordnen, das auf Einrede des Beklagten zu berücksichtigen ist.<sup>697</sup> Die Geltendmachung von mediationsbefangenen Forderungen im Wege der Klage ist also mit einer Einrede behaftet. Soll nun mit einer dieser Forderungen gegen eine nicht von der Mediationsklausel erfasste Forderung aufgerechnet werden, stellt sich die Frage, ob diese Einrede der Klagbarkeit auch die Aufrechnung verhindert. Aus § 390 BGB folgt ein Aufrechnungsverbot, wenn die Gegenforderung mit einer Einrede behaftet ist.

Gegen eine Anwendung des § 390 BGB wird angebracht, dass die Mediationsklausel keine materielle Einwendung im Sinn des § 390 BGB sei.<sup>698</sup> Nach allgemeiner Ansicht umfasst § 390 BGB nur materielle, rechtshemmende Einwendungen (Einreden i.e.S.) – ausgeschlossen sind rechtshindernde oder rechtsvernichtende, von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendungen<sup>699</sup> sowie prozessuale Einreden<sup>700</sup>. Dazu gehören insbesondere prozessuale Einwendungen, die die Zulässigkeit einer etwaigen Klage aus der Gegenforderung verneinen.<sup>701</sup> Das entspricht der bisweilen vom BGH vertretenen Auffassung, nach der eine Prozessaufrechnung mit

---

<sup>694</sup> Greger, in: Greger/Unberath/ Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 212.

<sup>695</sup> Greger, in: Greger/Unberath/ Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 212; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 94.

<sup>696</sup> So auch Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 211.

<sup>697</sup> Zum Rechtscharakter dieser Einrede als „Prozesseinrede“ Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 124.

<sup>698</sup> Ohne weitere Begründung Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 Rn. 211 mit Verweis auf Wagner, in: Erman, BGB, § 390, Rn. 5: „Die Aufrechnung ist nicht gem. § 390 BGB ausgeschlossen durch prozessuale Einreden ist nicht ausgeschlossen durch prozessuale Einreden [...] Einwand fehlender Klagbarkeit sowie der obligatorischen Durchführung eines [...] außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens“; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 35.

<sup>699</sup> Dennhardt, in: BeckOK BGB, § 390, Rn. 2; Grüneberg, in: Palandt, § 390, Rn. 1.

<sup>700</sup> Grüneberg, in: Palandt, § 390, Rn. 1; Dennhardt, in: BeckOK BGB, § 390, Rn. 2.

<sup>701</sup> Dennhardt, in: BeckOK BGB, § 390, Rn. 2, nennt als Beispiel Zulässigkeitsrügen iSd § 282 Abs. 3 ZPO; Skamel, in: BeckOGK BGB, § 390, Rn. 4 f.

einer Klageerhebung nicht gleichzusetzen ist.<sup>702</sup> Da der dilatorische Klageverzicht überwiegend als im Wege der Einrede geltend zu machendes Klagehindernis qualifiziert wird<sup>703</sup>, ist er keine Einwendung im Sinn des § 390 BGB und schränkt daher weder die materiellrechtliche noch die prozessrechtliche Befugnis zur Aufrechnung ein.

---

<sup>702</sup> BGH NJW 1972, S. 450, 451; BGH NJW-RR 1994, 379, 380.

<sup>703</sup> Zum Rechtscharakter dieser Einrede als „Prozesseinrede“ Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 124; siehe auch Wagner, Prozessverträge, S. 238 ff.

#### Teil 4: Rechtliche Rahmenbedingungen für Mediationsklauseln

Die Vereinbarung eines Mediationsverfahrens und möglicher Verfahrensregeln findet nicht in einem rechtsfreien Raum statt, sondern bewegt sich in den Grenzen des geltenden Rechts. Das gilt nicht nur für die Mediationsklausel, sondern auch für die Regelkataloge der (institutionellen) Verfahrensordnungen, da diese durch einen Verweis in der Mediationsklausel zu deren Bestandteil werden. Welchen rechtlichen Rahmenbedingungen die Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen unterliegen und welche formellen und inhaltlichen Maßstäbe sich daraus ergeben, behandelt der folgende Abschnitt.

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Mediationsklauseln liegen nicht auf der Hand. Zwar hat die Mediation als Verfahren insbesondere durch das Mediationsgesetz eine zunehmende Verrechtlichung erfahren – die Vertragsverhältnisse der Mediation wurden dabei aber nur teilweise geregelt. Die Mediationsvereinbarung als Rechtsgrundlage für das Mediationsverfahren ist nicht gesetzlich geregelt, das Mediationsgesetz erwähnt lediglich die Abschlussvereinbarung in § 2 Abs. 6 MediationsG. Die der Mediation zugrunde liegenden Absprachen in Form von Verträgen werden vielmehr vom Mediationsgesetz bereits vorausgesetzt.<sup>704</sup>

Als rechtliche Rahmenbedingungen für Mediationsvereinbarungen kommen das Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, zivilprozessuale Regelungen sowie die Vorschriften des Mediationsgesetzes in Betracht. Welche Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Zivilprozessrechts auf Mediationsvereinbarungen anwendbar sind, ist überaus umstritten, da die Rechtsnatur von Mediationsvereinbarungen nicht geklärt ist. Entsprechend schwierig ist die Bestimmung der daraus folgenden rechtlichen Anforderungen. Vorzugswürdig ist die Einzelregelungslösung, nach der es keine einheitliche Qualifikation der Mediationsvereinbarung geben kann. Jeder Regelungsgegenstand unterliegt demnach abhängig von seiner Rechtsnatur gesonderter rechtlicher Überprüfung. Für alle Mediationsklauseln gilt damit jedenfalls das materielle Recht, für prozessuale Absprachen daneben auch das Prozessrecht. Für die rechtliche Bewertung **einzelner** Regelungsgegenstände können sowohl materielle als auch prozessuale Vorschriften zur Überprüfung herangezogen werden.

Zu Beginn des folgenden Abschnitts wird erläutert, welche allgemeinen rechtlichen Grenzen sich für alle Mediationsklauseln unabhängig von deren konkreter Ausgestaltung ergeben. Sind allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt, ist die Mediationsklausel im Ganzen

---

<sup>704</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 3.

unwirksam. Von den allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen sind rechtliche Anforderungen zu unterscheiden, die lediglich die Zulässigkeit einzelner Regelungsinhalte betreffen. Hier ist je nach Regelung gesondert zu entscheiden, welche Auswirkungen ihre Unwirksamkeit auf die Wirksamkeit der ganzen Klausel bzw. Verfahrensordnung hat. Besondere Anforderungen für einzelne Klauselinhalte bzw. formularmäßige Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen ergeben sich aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und dem Mediationsgesetz.

Im Anschluss werden rechtliche Grenzen für einzelne Klauselinhalte dargestellt. Aufgrund der Vielzahl möglicher Regelungsinhalte beschränken sich die Ausführungen auf Regelungen, die besonders häufig in Musterklauseln bzw. institutionellen Verfahrensordnungen enthalten sind und darüber hinaus inhaltlich von den Regelungen des Mediationsgesetzes abweichen bzw. Regelungen enthalten, die das Mediationsgesetz nicht umfasst. Absprachen, die sich mit dem Mediationsgesetz überschneiden, sind in den institutionellen Verfahrensordnungen häufig zu finden und in der Regel rechtlich nicht problematisch. Diese Überschneidungen werden daher nur kurz dargestellt.

Aufgrund der variablen Regelungsdichte von Mediationsklauseln muss bei den rechtlichen Rahmenbedingungen danach unterschieden werden, ob aus diesen allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen folgen, d.h. über die Wirksamkeit der Mediationsklausel im Ganzen entscheiden, oder ob sie nur Anforderungen an konkrete Klauselinhalte stellen. Hier stellt sich dann die Folgefrage, wie sich die Unwirksamkeit einzelner Regelungen auf die Wirksamkeit der Klausel oder Verfahrensordnung im Ganzen auswirkt. Auf diese Frage wird bei der Untersuchung des einzelnen Regelungsgegenstands Stellung genommen.

## **I. Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen für Mediationsklauseln**

Die im Folgenden erörterten allgemeinen rechtlichen Anforderungen gelten für alle Mediationsklauseln unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung. Dazu gehören auch die Anforderungen an einen zulässigen Klagbarkeitsausschluss. Denn dieser ist mit der Vereinbarung des Mediationsverfahrens (anders als die sonstigen möglichen Regelungsinhalte) regelmäßig so eng verknüpft, dass die Parteien die eine Abrede nicht ohne die andere getroffen hätten. Ist der Klagbarkeitsausschluss unwirksam, ist regelmäßig von der Unwirksamkeit der ganzen Mediationsklausel auszugehen.

Aus der Qualifizierung der Mediationsklausel als Vertrag eigener Art folgt, dass für Mediationsklauseln mangels Anwendbarkeit der Vorschriften für typisierte Verträge das allgemeine Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt<sup>705</sup>, d.h. alle Rechtsregeln, die die Entstehung und Wirksamkeit von Verträgen betreffen<sup>706</sup> wie der Allgemeine Teil und die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts. Ergänzend gelten die für alle Verträge anzuwendenden Vorschriften, insbesondere vertragstypunabhängige schuldrechtliche Regelungen.<sup>707</sup>

Allgemeine Wirksamkeitsanforderungen für Mediationsklauseln ergeben sich vorwiegend aus dem allgemeinen Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das sowohl formelle auch inhaltliche Anforderungen (§§ 134, 138, 242 BGB) Anforderungen an den Vertragsschluss stellt. Das Mediationsgesetz stellt nur wenige allgemeine Schranken auf, die sich im Wesentlichen aus den dort niedergelegten allgemeinen Verfahrensprinzipien ergeben. Darüber hinaus werden in der Literatur weitere allgemeine Wirksamkeitsanforderungen diskutiert. Dazu gehört die Frage, ob Mediationsklauseln einer bestimmten Form bedürfen oder Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind. Auch wird diskutiert, welche Auswirkungen die Unwirksamkeit des Hauptvertrages oder von Folgevereinbarungen wie des Mediatorvertrags oder der Abschlussvereinbarung auf die Mediationsklausel hat.

## **1. Entstehung durch Vertragsschluss**

Für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses gelten die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses maßgeblich sind, insbesondere die §§ 145 ff., §§ 104 ff.<sup>708</sup> und §§ 116 ff. BGB.<sup>709</sup> Wie jeder Vertrag kommt auch die Mediationsklausel als unselbständige Mediationsvereinbarung durch Angebot und Annahme zustande.<sup>710</sup>

---

<sup>705</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 13 unter Fn. 17; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 59 ff.

<sup>706</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 1.

<sup>707</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 19; Hacke, ADR-Vertrag, S. 64.

<sup>708</sup> Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, Einleitung, Rn. 66.

<sup>709</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 13; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 10; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 61.

<sup>710</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 148; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 13.

Eine Bezugnahme auf eine Verfahrensordnung in der Mediationsklausel ist grundsätzlich zulässig.<sup>711</sup> Verweist eine Mediationsklausel auf eine Verfahrensordnung, wird diese Bestandteil des Vertrags.<sup>712</sup> Bei einem Vertragsschluss zwischen Unternehmern gelten die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens als Handelsbrauch im Sinn des § 346 HGB, sodass eine Annahme auch durch Schweigen erfolgen kann. Bestehen Zweifel oder Uneinigkeit bezüglich inhaltlicher Vertragsregelungen, ist der Vertrag nach §§ 133, 157 BGB auszulegen<sup>713</sup> und gegebenenfalls umzudeuten (§ 140 BGB)<sup>714</sup>. Ausgangspunkt für die Auslegung ist zunächst der Wortlaut der Erklärung.<sup>715</sup> Maßgeblich ist der tatsächliche, nicht der buchstäbliche Sinn, § 133 BGB. In einem zweiten Schritt sind die Begleitumstände außerhalb der eigentlichen Willenserklärung zu berücksichtigen, soweit sie einen Rückschluss auf den Sinn der Erklärung zulassen.<sup>716</sup> Dazu gehören vor allem die Vorgeschichte, die Vertragsverhandlungen, die Interessenlage der Parteien bzw. der mit dem Geschäft verfolgte Zweck.<sup>717</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen der Zeitpunkt des Erklärungszugangs.<sup>718</sup>

Grundsätzlich sind Mediationsklauseln rechtsverbindlich. Das ist auch mit dem Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation vereinbar.<sup>719</sup> In einzelnen Fällen kann es gleichwohl fraglich sein, ob die Parteien eine rechtsverbindliche Mediationsvereinbarung gewollt haben. Ob ein rechtlich verbindlicher Vertrag geschlossen wurde, ist durch Auslegung der konkreten Vereinbarung nach den geltenden allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln.<sup>720</sup> Nach den Grundsätzen zur Auslegung von Willenserklärungen bedarf es eines übereinstimmenden Rechtsbindungswillens der Parteien, der zunächst aus der objektiven Empfängersicht beurteilt wird, wobei die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Parteien wesentliche Kriterien

---

<sup>711</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 47; Greger/v. Münchhausen, § 17, Rn. 467; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 19; eine Bezugnahme in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird teilweise wegen des Transparenzgebots als problematisch angesehen, siehe hierzu Teil 4, II., 3., b).

<sup>712</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 63.

<sup>713</sup> Ausführlich Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 2.

<sup>714</sup> Rauscher, in: Münchener Kommentar ZPO, Einleitung, Rn. 415.

<sup>715</sup> St. Rspr., zum Beispiel BGH GRUR 2011, 946, 947; BGH NJW 2010, 2422, 2425; BGH NJW-RR 2000, 1002, 1003; BGH NJW 1998, 2966; BGH NJW 1994, 188, 189.

<sup>716</sup> BGH NJW 2002, 1260, 1261; BGH NJW-RR 2000, 1002, 1003; Wendtland, in: BeckOK BGB, § 133, Rn. 25; Ellenberger, in: Palandt, § 133, Rn. 15.

<sup>717</sup> Ellenberger, in: Palandt, § 133, Rn. 15 ff.

<sup>718</sup> Ellenberger, in: Palandt, § 133, Rn. 9.

<sup>719</sup> Siehe Teil 2, II.

<sup>720</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 19.

bei der Auslegung sind.<sup>721</sup> Bei bloßen Absichtserklärungen<sup>722</sup>, reinen Gefälligkeitsabreden und bewusst rechtlich unverbindlichen Erklärungen fehlt der Rechtsbindungswille.<sup>723</sup> Wollen die Parteien bewusst keine verbindliche Absprache treffen, können sie die Vereinbarung des Mediationsverfahrens als „Gentlemen's Agreement“ abschließen. Die entsprechenden Formulierungen sind dann beispielsweise, das Mediationsverfahren „ernsthaft in Erwägung zu ziehen“ oder „die Durchführung eines Mediationsverfahrens zu prüfen“.<sup>724</sup>

Bei der Verwendung von Mediationsklauseln in umfangreichen Wirtschaftsverträgen oder in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist von bewusst rechtlich unverbindlichen Erklärungen und reinen Gefälligkeitsabreden regelmäßig nicht auszugehen. Ein Indiz für die Beantwortung der Frage, ob eine bloße Absichtserklärung gewollt ist, liefert zunächst die Formulierung der Mediationsklausel. Nicht als verbindlich anzusehen sind Absprachen, in denen lediglich eine Erwägung des Mediationsverfahrens im Konfliktfall formuliert wird oder „Kann“-Klauseln.<sup>725</sup> Solche Klauseln können zwar ebenso wie verbindlich formulierte Klauseln helfen, strategische Hürden bei der Einleitung des Verfahrens zu überwinden, stellen aber letztlich nicht mehr als einen „Merkposten“ dar.<sup>726</sup>

Einen Grenzfall stellen freiwillige Selbstverpflichtungserklärungen einer Partei dar, im Konfliktfall zunächst eine alternative Konfliktlösung zu versuchen. Diese werden beispielsweise im Wirtschaftsverkehr der USA unter dem Namen „Corporate Pledge Model“<sup>727</sup> verwendet.<sup>728</sup> Je nach Formulierung im Einzelfall sind sie als eine offerierte ad incertam personam auszulegen, die der Empfänger annehmen und dadurch eine Mediationsvereinbarung begründen kann – sie können aber auch als unverbindliche Absichtserklärungen formuliert sein.<sup>729</sup>

Nicht eindeutig ist die Einordnung von Klauseln, nach denen die Parteien ein Mediationsverfahren durchführen sollen<sup>730</sup> oder zur Durchführung eines Mediationsverfahrens berechtigt sind.<sup>731</sup> Hier können nur die weiteren Umstände der Vertragsgestaltung Aufschluss über die

---

<sup>721</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 14, verweist auf BGH NJW 2012, 3366, 3367; grundlegend BGH NJW 1956, 1313, 1314.

<sup>722</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 144.

<sup>723</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 14; Busche, in: MüKoBGB, Bd.1, § 145, Rn. 7 ff.

<sup>724</sup> Diop/Steinbrecher, BB 2011, S. 131, 136 unter Fn. 67.

<sup>725</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 45.

<sup>726</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 45.

<sup>727</sup> Hierzu Klowait/Hill, SchiedsVZ 2007, S. 83 ff.; Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 330 ff.

<sup>728</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 13.

<sup>729</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 145.

<sup>730</sup> „Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag oder dessen Durchführung sollen grundsätzlich einvernehmlich durch ein Mediationsverfahren beigelegt werden.“ So die Formulierung von Töben, RNotZ 2013, S. 321, 323; Bülow, in: Walz, Kap. 6, B.II. M 6.2.

<sup>731</sup> Vgl. Muster- Mediationsklausel unter: [www.wirtschaft-mediator.de](http://www.wirtschaft-mediator.de).



Rechtsverbindlichkeit der Absprache geben. Sofern die Mediationsklausel eine „Verpflichtung“ zur Durchführung des Mediationsverfahrens vorsieht, bestehen an der Rechtsverbindlichkeit der Vereinbarung keine Zweifel. Es wird darüber hinaus empfohlen, die an die Klausel anknüpfenden Verhaltenspflichten genau zu regeln und entsprechende Sanktionen für die Einhaltung der Verhaltenspflichten vorzusehen.<sup>732</sup> Bleiben wesentliche Vertragsvereinbarungen offen, kann mangels hinreichend bestimmten Pflichtenprogramms kein rechtsverbindlicher Vertrag zustandekommen.<sup>733</sup> Hinreichende Bestimmtheit kann ein Indiz für fehlenden Rechtsbindungswillen sein.<sup>734</sup>

## **2. Wirksamkeit des vorübergehenden Klageverzichts**

In der Regel enthalten Mediationsklauseln einen vorübergehenden Klagbarkeitsausschluss. Ob eine vertragliche Beschränkung des staatlichen Rechtsschutzes zulässig ist, ist im Zusammenhang mit alternativen Streitbeilegungsklauseln seit Jahrzehnten ein „Dauerbrenner“ in der Literatur, wenngleich die grundsätzliche Zulässigkeit vertraglicher Beschränkungen des staatlichen Rechtsschutzes mittlerweile nicht mehr ernsthaft bezweifelt wird. Anders als bei anderen Regelungsinhalten in Verfahrensordnungen und Mediationsklauseln hat die Unwirksamkeit des Klagbarkeitsausschlusses unter Umständen weit reichende Konsequenzen. Die Unzulässigkeit kann die Unwirksamkeit der ganzen Mediationsklausel zur Folge haben, wenn die Absprache zur Durchführung des Mediationsverfahrens mit der Absprache zum Klagbarkeitsausschluss so eng verknüpft ist, dass die Unwirksamkeit der einen Abrede die Unwirksamkeit der anderen erfasst. Wegen der Bedeutung des Klagbarkeitsausschlusses für den Erfolg des Mediationsverfahrens wird regelmäßig davon auszugehen sein. Anders kann es sein, wenn die Vereinbarung des Mediationsverfahrens in der Mediationsklausel getroffen wurde und der Klagbarkeitsausschluss in einem separaten Unterpunkt innerhalb einer qualifizierten Mediationsklausel oder in einer Verfahrensordnung geregelt wurde. Dann ist zu überprüfen, ob der Parteiwille möglicherweise darauf gerichtet war, auch ohne den Klageverzicht ein Mediationsverfahren zu vereinbaren.

---

<sup>732</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 45, Hacke, ADR-Vertrag, S. 45 ff., 327 ff., siehe zu Sanktionen auch Risse: „Eine Mediationsvereinbarung ist nur verbindlich, wenn sie sanktionsbewehrt ist.“

<sup>733</sup> So allgemein zu Verhandlungsverträgen Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 461, der aber darauf hinweist, dass dem Rechtsbindungswillen größere Bedeutung zukommt als die Bestimmtheit des Vertrags.

<sup>734</sup> Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 461.

## a) Grundsatz: Zulässigkeit des Klageverzichts

Der früher noch vereinzelt vertretenen Auffassung, dass eine Einschränkung der Klagbarkeit generell unzulässig sei<sup>735</sup>, kann nicht gefolgt werden. Der BGH wertet Beschränkungen der Klagbarkeit seit jeher als zulässig.<sup>736</sup> Vertragspartner könnten grundsätzlich die prozessuale Durchsetzbarkeit von Forderungen, auf die sie materiell-rechtlich verzichten können, ausschließen oder einschränken.<sup>737</sup> Auch die mediationsrechtliche Literatur bejaht zu recht die Zulässigkeit eines vorübergehenden Ausschlusses der Klagbarkeit für die Dauer des Mediationsverfahrens.<sup>738</sup>

Verschiedene überzeugende Argumente werden zur Begründung der Zulässigkeit des Klageverzichts angebracht: Über die Klagebefugnis könne disponiert werden, weil die ZPO dem Kläger die Klageerhebung freistelle.<sup>739</sup> Wenn es den Parteien frei stehe, Streitigkeiten durch einen Vergleich beizulegen oder den Rechtsweg zu beschreiten, sei es auch zulässig, die Durchsetzung des Anspruchs durch eine Mediationsvereinbarung vor Klageerhebung zu beschränken.<sup>740</sup> Wenn die Parteien gemäß §§ 397, 311 BGB ein Schuldverhältnis aufheben können, müsse auch die bloße Einschränkung der Klagbarkeit möglich sein (*argumentum a fortiori*).<sup>741</sup> Im Weg eines *argumentum a maiore ad minus* wird geschlossen, dass wenn die Parteien schon

---

<sup>735</sup> Zum Beispiel RGZ 111, 276, 279, wonach der Ausschluss des Rechtsweges ausschließlich über eine Schiedsvereinbarung erfolgen könne; kritisch bezüglich der generellen Zulässigkeit von Schlichtungsklauseln auch noch Prütting, Urteilsanmerkung zu BGH, Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82, ZZP 99 (1986), 90, 97.

<sup>736</sup> BGH WM 1977, 997; BGH, NJW 1984, 669; BGH NJW 1999, 647; BGH NJW-RR 2009, 637.

<sup>737</sup> Zu Schlichtungsklauseln BGH NJW-RR 2009, 637, 638 f.; BGH, NJW 1984, 669, 670 m. krit. Anm. Prütting, ZZP 1999, 93, 96 f.

<sup>738</sup> von Schubert, in: Schiffer, Schiedsgerichtsverfahren und Mediation, S. 268, Rn. 825; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 25; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 22; „unproblematisch“ Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 78; Hilbig-Lugani, ZZP 126 (2013), S. 463, 471; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 166; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 7; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S.12 ff.; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1321; Wagner, NJW 2001, 182, 186 f.; Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Anhang § 310, Klauseln (S), S 57; so für Schlichtungsverfahren schon Wagner, Prozessverträge, S.445 ff.; Wagner, ZKM 2004, S. 100, 102.

<sup>739</sup> Wagner, Prozessverträge, S. 440; Hilbig-Lugani, ZZP 126 (2013), S. 463, 472.

<sup>740</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 38.

<sup>741</sup> Zur Vereinbarung einer Güteklausel: OLG Celle, NJW 1971 288, 289; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 14; offen gelassen von BGH NJW 1984, 669 f.: Eine Schlichtungsklausel stelle jedenfalls dann keine unangemessene Beschränkung des Rechtswegs dar, wenn die Vertragspartner an der Anrufung der Gütestelle ein berechtigtes Interesse haben; kritisch bezüglich dieses Arguments bei Schlichtungsklauseln auch noch Prütting, Urteilsanmerkung zu BGH, Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82 (Schlichtungsklausel), ZZP 99 (1986), 90, 97, dieses Kritik widerlegend Hacke, ADR-Vertrag, S. 121.

auf Forderungen verzichten könnten, auch eine vorübergehende rechtliche Beschränkung ihrer gerichtlichen Geltendmachung zulässig sei.<sup>742</sup> Die Vereinbarung eines vorübergehenden Ausschlusses der Klagbarkeit ist deshalb schon aus Gründen der Privatautonomie zulässig.<sup>743</sup> Auch liegt in der Vereinbarung eines Mediationsverfahrens keine unangemessene Abweichung von Grundgedanken der Rechtsordnung<sup>744</sup>, insbesondere nicht von einem in der ZPO ausdifferenzierten Leitbild, das eine Streitentscheidung durch staatliche Gerichte vorsieht.<sup>745</sup> Richtigerweise wird in der Literatur argumentiert, dass das Mediationsgesetz, die Regelungen des Schiedsgerichtsverfahrensrechts (§§ 1025 ff. ZPO) sowie die Schlichtungsgesetze der Länder und § 15a EGZPO zeigen, dass alternative Konfliktlösungsmodelle auch vom Gesetzgeber als gleichberechtigte Methode der Konfliktbewältigung angesehen werden.<sup>746</sup> Wenn das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof sogar einen gesetzlich angeordneten Schlichtungszwang als verfassungs- und europarechtlich unbedenklich einstuft, muss das erst recht für die vertragliche Verpflichtung gelten vor Klageerhebung eine Einigung durch ein alternatives Streitbeilegungsverfahren zu versuchen.<sup>747</sup> Darüber hinaus ist im Hinblick auf Schiedsvereinbarungen unbestritten, dass diese den Rechtsweg dauerhaft und von der Rechtsordnung anerkannt ausschließen. Wenn schon eine den Rechtsweg dauerhaft ausschließende Schiedsvereinbarung zulässig ist, kann eine weniger weit reichende Vereinbarung wie die Mediationsvereinbarung erst recht zur Disposition der Parteien stehen.<sup>748</sup>

## **b) Ausnahme: Unzulässigkeit des Klageverzichts**

In Ausnahmefällen kann ein Klageverzicht gleichwohl unzulässig sein. Die Unzulässigkeit des Klageverzichts hat regelmäßig die Unwirksamkeit der ganzen Mediationsklausel zur Folge, da

---

<sup>742</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 330; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 45; schwaches Argument: Hilbig-Lugani ZJP 126 (2013), S. 463, 472.

<sup>743</sup> von Schubert, Michael, in: Schiffer, Schiedsgerichtsverfahren und Mediation, S. 268, Rn. 825; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 22; „unproblematisch“ Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 78; Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 471; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung § 1, Rn. 166; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 7;

<sup>744</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 184. Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 49; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 18.

<sup>745</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 49.

<sup>746</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 49 f.; Zu AGB: Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 184; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 18.

<sup>747</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 38 mit Verweis auf BVerfG v.14.2.2007 – 1 BvR 1351/01, NJW-RR 2007, 1073, 1074; EuGH v. 18.10.2010 – Rs.C-317/08-320/08 (Alassani ./ Telecom Italia SpA), Rn.46ff.

<sup>748</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 50, verweist auf BGHZ 115, 329, 332 ff.: Schiedsgutachterklausel in Fertighausvertrag; BGHZ 162, 9, 18: Schiedsklausel.

nach dem Willen der Parteien der Klageverzicht mit der Vereinbarung des Mediationsverfahrens regelmäßig so eng verknüpft ist, dass die eine Abrede nicht ohne die andere gelten soll. Verschiedene rechtliche Anforderungen werden an die Vereinbarung eines Klageverzichts in Klauseln zur alternativen Streitbeilegung seitens Literatur und Rechtsprechung gefordert.

Der Bundesgerichtshof wertete eine vorübergehende Einschränkung der Klagbarkeit als rechtlich unbedenklich, wenn das Schlichtungsverfahren gewisse rechtsstaatliche Mindestanforderungen erfüllt.<sup>749</sup> In Bezug auf Schlichtungsklauseln wurde entschieden, dass diese jedenfalls dann keine unangemessene Beschränkung des Rechtswegs darstellen, wenn die Vertragspartner an der Anrufung der Gütestelle ein berechtigtes Interesse haben.<sup>750</sup> Auch müsse das dem Konflikt zugrundeliegende Streitverhältnis hinreichend bestimmt bezeichnet sein.<sup>751</sup>

Häufig wird auch von der Literatur gefordert, dass das vereinbarte Streitbeilegungsverfahren rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügen bzw. angemessen ausgestaltet sein müsse, damit der Klageverzicht wirksam sei.<sup>752</sup> Zu den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen sollen zudem die Unabhängigkeit und Neutralität des Schlichters<sup>753</sup>, die Gewährleistung rechtlichen Gehörs<sup>754</sup> oder Waffengleichheit der Parteien<sup>755</sup> gehören. Auch bei langen Bindungsfristen und sonstiger einseitiger Ausgestaltung von Verfahrensregeln könne ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB vorliegen.<sup>756</sup>

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Schlichtungsklauseln wird vereinzelt auf Mediationsvereinbarungen übertragen: Diese könnten im Einzelfall unangemessen sein, wenn

---

<sup>749</sup> Mindestanforderungen an Schlichtungsverfahren: BGH NJW-RR 2009, 637, 638 f.; unter Hinweis auf BGH NJW 1984, 669, 670 zu Schlichtungsklauseln: „[...] jedenfalls dann keine unangemessene Beschränkung des Rechtswegs dar, wenn die Vertragspartner an der Anrufung der Gütestelle ein berechtigtes Interesse haben.“

<sup>750</sup> BGH, Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82, NJW 1984, 669, 670.

<sup>751</sup> BGH NJW 1984, 669, 670; BGH NJW 1999, 647, 648.

<sup>752</sup> Hilbig-Lugani, Z郑 126 (2013), S. 463, 472; Hacke, ADR-Vertrag, S. 119; Elementare Fairnessanforderungen: Fischer, in: Handbuch Mediation, § 25, Rn. 44; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 26; so auch der BGH zu Schlichtungsklauseln in NJW-RR 2009, 637, Rn. 33; Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Anhang § 310, Klauseln (S), S. 57; Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 307, Rn. 271; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 36; Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 75; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323; Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 372; Greger, SchiedsVZ 2016, S. 306; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 183; ebenso Greger, SchiedsVZ 2016, S. 306; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 44; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 38.

<sup>753</sup> Prütting, JZ 1985, S. 261, 270.

<sup>754</sup> Hilbig-Lugani, Z郑 126 (2013), S. 463, 472; Prütting, Beilage zu BB 1999, S. 7, 11; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 54: der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verpflichte den Mediator nur insoweit, das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen, dafür zu sorgen, dass die Parteien Herren des Mediationsverfahrens bleiben, und beilegungsfördernde Ergebnisse den Parteien mitzuteilen; für diese Anforderungen auch bei Schlichtungsklauseln Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 307, Rn. 273; a.A. Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322; Unberath, ZKM 2011, S. 44, 46: Da die Mediation keine objektive Meinung vom Mediator verlangt, wäre es sinnwidrig, ihn dazu zu zwingen, die Voraussetzungen für diese Bewertung zu schaffen.

<sup>755</sup> Wagner, Prozessverträge, S. 446; Hilbig-Lugani, Z郑 126 (2013), S. 463, 472.

<sup>756</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 45.

ein berechtigtes Interesse am Mediationsverfahren fehle. Dieses liege aber schon dann vor, wenn das Verfahren eine gütliche Streitbeilegung fördern könne.<sup>757</sup> Davon ist bei Mediationsklauseln regelmäßig auszugehen. Sofern eine knappe Mediationsklausel mit einem vorübergehenden Klageverzicht kombiniert werde, solle die Klausel regeln müssen, wann der Klageverzicht seine Wirkung verliere.<sup>758</sup> Die großzügigen Mindeststandards des Schiedsgerichtsverfahrens sollen dagegen nicht unbesehen auf die Mediation übertragen werden, da die Parteien beim Mediationsverfahren keine vergleichbaren Rechtsbehelfe wie im Schiedsgerichtsverfahren hätten.<sup>759</sup>

Seit 2012 beschreibt das Mediationsgesetz wesentliche Merkmale des Mediationsverfahrens und setzt damit erstmals konkrete Mindeststandards, die auch zur Überprüfung eines Klageverzichts herangezogen werden können. Sie liefern Orientierung, wann ein rechtsstaatlich ausgerichtetes Mediationsverfahren (und folglich ein zulässigerweise vorübergehend ausgeschlossener Rechtsweg) vereinbart wurde. Daher gilt, dass soweit die Musterklauseln und Musterverfahrensordnungen mit den Anforderungen des Mediationsgesetzes übereinstimmen, rechtsstaatliche Mindeststandards eingehalten werden und entsprechend die Klagbarkeit des gerichtlichen Verfahrens durch eine Mediationsvereinbarung eingeschränkt werden kann. Werden dagegen wesentliche Grundsätze des Mediationsverfahrens unterlaufen, ist der Klageverzicht unzulässig. Wesentliche Grundsätze sind die Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens gemäß § 1 Abs. 1 MediationsG und das jederzeitige Beendigungsrecht gemäß § 2 Abs. 5 MediationsG.

Richtigerweise wird auch in der Literatur vertreten, dass der Ausschluss der Klagbarkeit unzulässig ist, wenn die jederzeitige Beendigungsmöglichkeit des Mediationsverfahrens nach § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG ausgehöhlt werde.<sup>760</sup> Demnach sollen Mediationsklauseln, die eine Klage für die voraussichtliche Dauer eines erfolgreichen Mediationsverfahrens ausschließen, unzulässig sein.<sup>761</sup> Es gebe keine Rechtfertigung dafür, wenn trotz Scheiterns der Mediation das Beendigungsrecht des § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG beschränkt und der Weg zu den Gerichten versperrt werde.<sup>762</sup>

---

<sup>757</sup> Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 473 verweist auf die Grundsatzentscheidung des BGH NJW 1984, 669, 670 zu Schlichtungsklauseln sowie BGH NJW 1999, 647.

<sup>758</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 44.

<sup>759</sup> Unberath nennt als Beispiel den Antrag auf Neubesetzung des Schiedsgerichts gemäß § 1034 Abs.2 S.1 ZPO, NJW 2011, S. 1320, 1323.

<sup>760</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 44.

<sup>761</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 47.

<sup>762</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 47.

Für die Bewertung der Zulässigkeit des als prozessrechtlich einzustufenden Klageverzichts<sup>763</sup> gelten neben genannten Regelungen des Mediationsgesetzes, die §§ 138 Abs. 1, 134 BGB, prozessrechtliche Regelungen<sup>764</sup> sowie bei einer Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen darüber hinaus die besonderen Anforderungen des AGB-Rechts, da der Klageverzicht eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung darstellt.<sup>765</sup> Die Wertungen des Mediationsgesetzes fließen über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in die AGB-rechtliche Kontrolle ein. Dementsprechend verstoßen Regelungen, die das jederzeitige Beendigungsrecht einschränken, gegen die Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens als wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung und sind damit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.<sup>766</sup>

Zulässig ist ein Klageverzicht aber, wenn in der Klausel klargestellt wird, dass das Kündigungsrecht des § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG nicht beschnitten werden soll.<sup>767</sup> Ebenso sind Klauseln zulässig, die eine Klageerhebung nach dem Ablauf einer angemessenen Frist zulassen.<sup>768</sup> Auch in dieser Hinsicht sind die meisten Musterformulierungen als rechtlich unbedenklich einzustufen. In nahezu allen Verfahrensordnungen wird die jederzeitige Beendigungsmöglichkeit des Verfahrens betont oder jedenfalls der Ausschluss der Klagbarkeit zeitlich beschränkt, sollte es nicht zu einer tragfähigen Lösung kommen<sup>769</sup>

### **c) Disponibilität des Streitgegenstands und Mediationsfähigkeit des Konflikts**

Unter den Stichworten Dispositionsbefugnis<sup>770</sup>, Mediationsfähigkeit<sup>771</sup> oder Vergleichsbefugnis<sup>772</sup> wird in der Literatur die Frage erörtert, ob und inwieweit bestimmte Streitgegenstände kein Gegenstand von Mediationsvereinbarungen sein können. Denn durch die Mediationsver-

---

<sup>763</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 31 f.; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 17; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 70; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 229; Klagebeschränkung als Prozessvertrag: Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1249; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 10; Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 78.

<sup>764</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 45.

<sup>765</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 31; zum formularmäßigen Klageverzicht in Unternehmensverträgen siehe Teil 4, II. 3., c).

<sup>766</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 47.

<sup>767</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 47.

<sup>768</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 47; Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, 1247, 1249 f., die eine Frist von 60 Tagen vorschlagen.

<sup>769</sup> Schlichtungsklausel des BMEV unter IV., Anlage 2 der Mediationsordnung.

<sup>770</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 38; Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 308.

<sup>771</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 8.

<sup>772</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2 Rn. 40 ff.

einbarung wird ein zum staatlichen Gerichtsverfahren alternatives Verfahren zur Streitbeilegung ausgewählt. Regelmäßig enthalten Mediationsvereinbarungen darüber hinaus die Regelung, dass während der Dauer des Mediationsverfahrens keine Klage erhoben werden darf. Mit der Mediationsvereinbarung soll damit der Rechtsweg zumindest vorübergehend beschränkt werden. Somit stellt sich die Frage, ob es bestimmte Konflikte gibt, die nicht durch eine private Vereinbarung der Parteien dem staatlichen Rechtsschutz entzogen werden können.

Die gleichlaufende Problematik der objektiven<sup>773</sup> Schiedsfähigkeit regelt § 1030 Abs. 1 ZPO für Schiedsvereinbarungen.<sup>774</sup> Demnach dürfen nur vermögensrechtliche und vergleichsfähige Streitgegenstände<sup>775</sup> Gegenstand von Schiedsvereinbarungen sein.<sup>776</sup> Das schließt insbesondere Gegenstände aus, über die die Parteien aufgrund gesetzlicher Anordnung nicht privatautonom verfügen dürfen.

Mangels einer Regelung zu Mediationsvereinbarungen im deutschen Recht wird vereinzelt vertreten, dass die Vorschrift des § 1030 Abs. 1 ZPO bei Mediationsvereinbarungen analog anwendbar sei.<sup>777</sup> Wenn der Gesetzgeber bei diesen Streitgegenständen eine staatliche Entscheidung ersetzende Entscheidung des Schiedsrichters ermögliche, müsse das erst recht für das Mediationsverfahren gelten, da dieses im Gegensatz zum Schiedsgerichtsverfahren den Rechtsweg nur vorübergehend ausschließe.<sup>778</sup> Umgekehrt endet auch bei Mediationsvereinbarungen die Mediationsfähigkeit dort, wo der Gesetzgeber Gegenstände der Parteidisposition entzogen habe.<sup>779</sup> Das Ziel gesetzlicher Dispositionsgrenzen sei, dass der Gesetzgeber manche Fragen nicht in private Hände haben wollen.

---

<sup>773</sup> Bei der objektiven Schiedsfähigkeit geht es nur um die Frage, ob regelt die Streitsache tauglicher Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann, die subjektive Schiedsfähigkeit behandelt dagegen die konkrete Befähigung der Beteiligten zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung, Münch, in: MüKoZPO, Bd. 3, § 1030, Rn. 11.

<sup>774</sup> Im alten Recht wurde die Schiedsfähigkeit in § 1025 aF geregelt, welcher die Schiedsfähigkeit nur für vergleichsfähige Streitigkeiten vorsah, ausführlich Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO, § 1030, Rn. 2.

<sup>775</sup> „Anspruch“ im Sinn des § 1030 Abs.1 ZPO meint Streitgegenstand, Münch, in: MüKoZPO, Bd. 3, § 1030, Rn. 13.

<sup>776</sup> Dazu ausführlich Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO, § 1030, Rn. 4 ff.

<sup>777</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 8 ff.

<sup>778</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 9.

<sup>779</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 8 f.: Problematisch seien auch gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelstreitigkeiten- der BGH hat damals die Schiedsfähigkeit solcher Konflikte verneint: BGH NJW 1996, 1753; Anprüche müssten hinreichend bestimmt und Parteien dispositionsbefugt sein: Hacke, ADR-Vertrag, S. 121.

Unabhängig davon, dass sich die große Mehrheit der mediationsrechtlichen Literatur mit gewichtigen Argumenten gegen eine analoge Anwendung des § 1030 Abs. 1 ZPO und das Erfordernis der Mediationsfähigkeit des Konflikts ausspricht<sup>780</sup>, werden die Anforderungen des § 1030 Abs. 1 ZPO bei wirtschaftlichen Verträgen zwischen Unternehmen in der Regel vorliegen. Denn die zwischen Unternehmen auftretenden Konflikte sind regelmäßig vermögensrechtlicher Natur und damit disponibel. Sollten ausnahmsweise nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten Gegenstand des Verfahrens sein, sind sie ähnlich wie Schiedsvereinbarungen in aller Regel vergleichs- und damit auch mediationsfähig. So schließt selbst § 1030 Abs. 1 ZPO schließlich letztlich in der Hauptsache lediglich Familiensachen als Schiedsgegenstand aus.<sup>781</sup> Es ist kein Grund ersichtlich, warum Mediationsvereinbarungen insoweit strengeren Regeln unterliegen sollten als Schiedsvereinbarungen. Schiedsvereinbarungen schließen den Rechtsweg dauerhaft aus und sind damit für die Vertragsparteien deutlich einschneidender als Mediationsvereinbarung, die den Rechtsschutz nach der hier vertretenen Ansicht nur vorübergehend ausschließen können. Überzeugend ist auch das Argument, dass das Mediationsverfahren anders als das Schiedsverfahren das gerichtliche Verfahren nicht ersetzt und somit auch das Entscheidungsmonopol des Staates nicht einschränkt.<sup>782</sup> Eine Einschränkung auf die in § 1030 Abs. 1 genannten Ansprüche ist daher nicht notwendig.

Bei der Diskussion um die Dispositionsbefugnis bzw. Mediationsfähigkeit des Konflikts ist überdies zu berücksichtigen, dass sie auf Mediationsklauseln nur begrenzt passt: Anders als bei klassischen, erst im Streitfall getroffenen Mediationsvereinbarungen ist ein Konflikt bei im Vorfeld getroffenen Mediationsklauseln noch nicht entstanden und somit kein Streitgegenstand vorhanden, über dessen Disponibilität geurteilt werden könnte.

Ungeachtet dessen spricht ohnehin mehr dafür, die rechtsgeschäftliche Disponibilität des Streitgegenstands als solche von der Frage zu trennen, ob bei einem entsprechenden Konflikt ein Mediationsverfahren unter Ausschluss der Klagbarkeit vereinbart werden kann. Das Ziel gesetzlicher Dispositionsgrenzen ist es, manche Rechtsbereiche nicht in private Hände zu geben. Beim Mediationsverfahren geht es jedoch nicht darum, derartige gesetzliche Wertungen zu umgehen, sondern Lösungen zu finden, die sich im gesetzlich gesteckten Rahmen bewegen

---

<sup>780</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 38; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 174; Greger/v. Münchhausen, § 17, Rn. 464; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 42; Schröder, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, V., Rn. 9; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 324; Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., II., Rn. 6.

<sup>781</sup> Dazu ausführlich Münch, in: MüKoZPO, Bd. 3, § 1030, Rn. 17 ff.

<sup>782</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., II., Rn. 6.



und dennoch über das gerichtlich Mögliche hinausgehen. Regelmäßig werden in Mediationsverfahren daher Ergebnisse erzielt, bei denen es auf die Disponibilität des Streitgegenstandes nicht ankommt. Die Disponibilität des Streitgegenstands stellt damit für einen Klageverzicht in Mediationsklauseln zwischen Unternehmen keine rechtliche Hürde auf.

Allerdings ist es im Wirtschaftsverkehr aus Gründen der Rechtssicherheit und Vollstreckbarkeit durchaus üblich, Ergebnisse des Mediationsverfahrens als Vergleich gemäß § 779 BGB abzusichern. Erst hier wird die Frage nach den gesetzlichen Dispositions-Beschränkungen bedeutsam, nicht aber bei Einleitung des Mediationsverfahrens.<sup>783</sup> Richtigerweise wird deshalb auch teilweise in der Literatur zwischen dem Konflikt, dem materiell-rechtlichen Grundverhältnis und der prozessualen Rechtsbeziehung unterschieden: Zur Beilegung ihres Streits durch eine Mediation seien die Parteien immer berechtigt, selbst wenn sie keine rechtsgeschäftliche Disposition über den Streitgegenstand treffen könnten.<sup>784</sup> Deswegen seien zivilverfahrensbezogene Vereinbarungen wie der dilatorische Klageverzicht auch dann zulässig, wenn die Parteien über den Streitgegenstand nicht disponieren können.<sup>785</sup>

Für diese Ansicht spricht zum einen die Privatautonomie, die den Vertragsparteien grundsätzlich die Wahlfreiheit belässt, ob und wie sie auf (rechtliche) Konflikte reagieren. Ob sie den Rechtsweg beschreiten wollen oder nicht, ist ihre Entscheidung, unabhängig von der Art des Konflikts. Darüber hinaus zeichnet sich das Mediationsverfahren gerade durch seine Orientierung an Interessen (und eben nicht Rechtspositionen) aus, was sich auch in den gefundenen Lösungen widerspiegelt: der anfänglich rechtliche Konflikt wird durch Absprachen gelöst, zu denen die Mediationsparteien durch die Anwendung von Rechtsregeln häufig nicht gelangt wären. Diese Lösungen zu konterkarieren, indem der zugrundeliegende Konflikt als nicht mediationsfähig eingestuft wird, ist nicht im Interesse der Parteien und untergräbt den Grundsatz der Privatautonomie. Haben die Parteien am Ende des Mediationsverfahrens den Wunsch, ihre gefundenen Lösungen rechtlich durch einen Vergleich abzusichern, sind sie dagegen an die Vorgaben des § 779 BGB gebunden. Bei der Einleitung des Mediationsverfahrens oder der Absprache, im Konfliktfall ein solches durchzuführen (Mediationsklausel), gibt es im Hinblick auf die möglichen Streitgegenstände dagegen keine rechtlichen Beschränkungen. Ohnehin

---

<sup>783</sup> Ebenso Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 42.

<sup>784</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 38; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 42.

<sup>785</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 38.

stellt sich diese Frage nur bei individuell ausformulierten Mediationsklauseln, die einen Streitgegenstand konkret benennen. Mustervereinbarungen institutioneller Anbieter sind mangels Konkretisierung eines Streitgegenstands ohnehin zulässig.

### **3. Bestimmtheitserfordernis und essentialia negotii**

Nach allgemeiner Ansicht in der Literatur muss eine Mediationsvereinbarung die übereinstimmende Erklärung der Konfliktparteien enthalten, gemeinsam ein Mediationsverfahren durchzuführen und zu diesem Zweck einen Mediator zu beauftragen zu wollen.<sup>786</sup> Ob darüber hinaus weitere Regelungsinhalte zwingend sind, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Vereinzelt wird wegen des regelmäßig mit einer Mediationsvereinbarung einhergehenden vorübergehenden Verzichts auf die nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistete Garantie des gesetzlichen Richters bzw. auf den Justizgewährungsanspruch gefordert, dass die Mediationsvereinbarung das dem Konflikt zugrundeliegende Streitverhältnis hinreichend bestimmt bezeichnen müsse, insbesondere dann, wenn sich die Mediationsvereinbarung auch auf künftige Ansprüche beziehe<sup>787</sup> – wie es bei Mediationsklauseln immer der Fall ist. Die Parteien müssten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausreichend absehen können, welche Ansprüche sie auf dem gerichtlichen Wege vorerst nicht geltend machen können.<sup>788</sup> Ausreichend, aber mindestens erforderlich, sei die hinreichende Konkretisierung des zukünftigen Rechtsverhältnisses, endgültig bestimmt müsse es nicht sein.<sup>789</sup> Nach dieser Ansicht sind Formulierungen wie „alle zwischen den Vertragsparteien entstehenden Streitigkeiten“, „alle Streitigkeiten aus künftigen Lieferungen“ und „alle Ansprüche aus der Geschäftsverbindung“ zu unbestimmt.<sup>790</sup> Rechtlich zulässig sei es, innerhalb eines genau bezeichneten Rechtsverhältnisses alle oder einzelne Streitigkeiten zum Gegenstand einer Mediation zu machen, etwa durch die Formulierung „alle aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag entstehenden Streitigkeiten“.<sup>791</sup> Gegen ein solches Bestimmtheitserfordernis wird eingewendet, dass kein staatlicher Eingriff, sondern

---

<sup>786</sup> Fischer, Das neue Mediationsgesetz, S. 71; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 97; Greger/v. Münchhausen, § 17, Rn. 465; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 10.

<sup>787</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 97; Greger/v. Münchhausen, § 17, Rn. 465.

<sup>788</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 97.

<sup>789</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 98.

<sup>790</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 97 f.

<sup>791</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 98.

eine privatautonome Vereinbarung vorläge, bei der die letzte Entscheidung über den Streitgegenstand dem Richter vorbehalten bliebe.<sup>792</sup> Überdies ergebe sich der Streitgegenstand aus dem Kontext der Mediationsabrede.<sup>793</sup>

Dieser Argumentation ist zuzustimmen. Wesensmerkmal der Privatautonomie ist, dass die Parteien im Rahmen des geltenden Rechts Gestaltungsfreiheit bezüglich ihrer Vertragsverhältnisse haben. Es liegt in ihrer freien Verantwortung, den Konflikt, der im Rahmen einer Mediation geklärt werden soll, nicht weiter zu bestimmen. Gerade bei präventiven Vereinbarungen ist die Bestimmung des noch in der Zukunft liegenden Streitgegenstands schwierig bis häufig sogar unmöglich. Dass sich die Parteien in diesem Fall sogar absichtlich auf eine viele Konflikte umfassende Formulierung festlegen, liegt in der Natur der Sache, um flexibel zu bleiben. Die Diskussion um die Bestimmtheit passt daher bei Mediationsklauseln nicht. Anders ist es bei erst im Konfliktfall getroffenen Mediationsvereinbarungen, da auf sie sofort das Mediationsverfahren folgt. Dass die Problematik bei Mediationsklauseln nicht thematisiert wird, lässt auch darauf schließen, dass sie anders als bei im Konfliktfall formulierten Vereinbarungen weniger relevant ist. Selbst wenn die Parteien den Klageweg vorübergehend ausschließen, ändert das nichts an der Bewertung, da im Vergleich zur Schiedsklausel der Klageweg nach dem Mediationsverfahren wieder offensteht, mithin die Einschränkung weniger stark ist.

Vertreten wird auch, dass die aus dem Vertrag folgenden Pflichten zumindest bestimmbar sein müssten.<sup>794</sup> Desweiteren wird die Vereinbarung über die Kostentragung und das Aufbringen des Kostenvorschusses für eine ausreichende Bestimmtheit der Vereinbarung notwendig gehalten.<sup>795</sup> Auch wird mit Verweis auf die prägende Rolle des Mediators für das Mediationsverfahren gefordert, dass der Mediator bereits in der Mediationsvereinbarung bestimmt oder zumindest bestimmbar sei.<sup>796</sup> Sofern sich die Parteien bereits auf einen Mediator geeinigt haben, sei er namentlich zu bezeichnen.<sup>797</sup> Gegen eine Bestimmungspflicht der Parteien bezüglich des Mediators wird vorgebracht, dass das Reichsgericht eine Vereinbarung der Parteien, sich später auf die Person des Schiedsrichters einigen zu wollen, als ausreichend angesehen

---

<sup>792</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 39; Fischer, Das neue Mediationsgesetz, S. 72.

<sup>793</sup> Fischer, Das neue Mediationsgesetz, S. 72.

<sup>794</sup> Für Eskalationsklauseln: Arntz, SchiedsVZ, S. 237, 240.

<sup>795</sup> Greger/v. Münchhausen, § 17, Rn. 465.

<sup>796</sup> Ausführlich dazu Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 99 ff.; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht, S. 10.

<sup>797</sup> Greger/v.Münchhausen, § 17, Rn. 465.

habe.<sup>798</sup> Eine Einigung auf einen Mediator sei zwar angesichts des oftmals erschwerten Austauschs der Parteien im Konfliktfall zu empfehlen, sie sei aber keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Mediationsklausel.<sup>799</sup> Sofern die Parteien weder einen Mediator noch ein Verfahren zur Auswahl benannt hätten, sei die Lücke in der Vereinbarung gegebenenfalls im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen.<sup>800</sup> Dem ist zuzustimmen. Eine Bestimmung des Mediators bzw. ein Verfahren zu dessen Auswahl zu treffen ist zwar empfehlenswert, aber keineswegs zwingend. Auch hier kann es unter Umständen mangels Kenntnis des Konflikts bei Vereinbarung der Mediationsklausel sinnvoller sein, keine Auswahl zu treffen, um später einen zum Konflikt passenden Mediator auswählen zu können. Falls sich die Parteien später nicht auf einen Mediator einigen können, ist es sinnvoller, die Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen als die Klausel für unwirksam zu erklären. Das gilt insbesondere dann, wenn ein übereinstimmender Wille der Parteien vorhanden ist, eine Mediation durchzuführen.

Dass auch uneindeutige Streitbeilegungsklauseln hinreichend bestimmt sein können, zeigt eine Entscheidung des BGH, in der dieser eine uneindeutige Schlichtungsklausel als ausreichend bestimmt bewertete, nachdem er die planwidrige Unvollständigkeit der Klausel durch Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ergänzt hatte. Voraussetzung sei, dass sich aus den Umständen hinreichend ergebe, was die Parteien unter Berücksichtigung des Gebots von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie bei Abschluss der Regelung daran gedacht hätten.<sup>801</sup>

Zwingend ist für die Wirksamkeit einer Mediationsklausel somit nur die übereinstimmende Erklärung der Parteien, im Konfliktfall gemeinsam ein Mediationsverfahren unter Einschaltung eines Mediators durchführen zu wollen. Vorteilhaft, aber entbehrlich ist die Angabe, welche Konflikte von der Mediationsklausel erfasst werden sollen<sup>802</sup> und die Vereinbarung von Verfahrensregeln, da die Verständigung der Parteien im Konfliktfall in der Regel schon erschwert

---

<sup>798</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 39 mit Verweis auf RGZ 33, 265, 268.

<sup>799</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 40.

<sup>800</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 40.

<sup>801</sup> BGH, Urteil vom 29.10. 2008 - XII ZR 165/06, NJW-RR 2009, 637, Rn.26 ff. mit Verweis auf BGH NJW 1979, 1705, zur Auslegung eines Gesellschaftsvertrags.

<sup>802</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 26.

ist. Derartige Regelungen werden aber ohnehin spätestens zu Beginn des Mediationsverfahrens mit dem Mediator getroffen.<sup>803</sup>

#### **4. Wirksamkeit des Hauptvertrags erforderlich?**

Mediationsklauseln sind ihrer Natur nach in einen Hauptvertrag eingebunden, der das Rechtsverhältnis der Parteien begründet und regelt. Die Mediationsklausel bezieht sich in der Regel auf Konflikte aus diesem Vertragsverhältnis. Das können beispielsweise persönliche Konflikte innerhalb der Geschäftsbeziehungen oder Streitigkeiten über den Vertragsumfang, Pflichten der Parteien oder die vertragsgemäße Abwicklung sein.

Tritt ein Konflikt ein und beruft sich eine Partei darauf, dass der Hauptvertrag unwirksam, nicht zustandegekommen oder beendet worden sei<sup>804</sup> oder ist der Vertrag tatsächlich und unbestritten unwirksam (etwa aufgrund eines Verstoßes gegen §§ 134, 138, 242 BGB), stellt sich die Frage, ob die Mediationsklausel auch für diesen Fall gelten sollte. Dann wären der Konflikt über die Wirksamkeit des Hauptvertrags bzw. das Bestehen des Vertragsverhältnisses oder aus der unbestrittenen Unwirksamkeit des Vertrags resultierende Folgekonflikte Gegenstand des Mediationsverfahrens. Ist die Mediationsklausel dagegen von der behaupteten oder tatsächlichen Unwirksamkeit des Hauptvertrages erfasst, wäre sie gegenstandslos.

##### **a) Parteiwille maßgeblich**

Welche Folge die Unwirksamkeit des Hauptvertrags auf die Mediationsklausel hat, ist vor allem durch die Auslegung des Parteiwillens nach den allgemeinen Auslegungskriterien zu ermitteln.<sup>805</sup> Ist die Unwirksamkeit des Hauptvertrags beiderseits unbestritten, fällt der eigentliche Anlass der Mediationsklausel – nämlich zukünftige Konflikte aus dem Vertragsverhältnis einem Mediationsverfahren zuzuführen – weg und der Parteiwille ist regelmäßig darauf gerichtet, dass kein Mediationsverfahren durchgeführt werden muss. Zwingend ist das aber nicht, da auch bei tatsächlicher Unwirksamkeit des Hauptvertrages –insbesondere bei komplexen Verträgen – ein Mediationsverfahren sinnvoll sein kann, um beispielsweise die Folgen

---

<sup>803</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 28.

<sup>804</sup> Laut Wagner passiert das in der Praxis „nicht selten“, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 55.

<sup>805</sup> So auch Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 41; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 228; Ellenberger, in: Palandt, § 139, Rn. 5; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 82 ff., der die Anwendung von § 139 BGB im Verhältnis von Hauptvertrag und Mediationsvereinbarung für entbehrlich hält.

der Unwirksamkeit wie die Rückabwicklung, Ersatzansprüche usw. zu gestalten. Gerade in umfangreichen Vertragsverhältnissen kann die Unwirksamkeit des Hauptvertrages zahlreiche Folgekonflikte nach sich ziehen.<sup>806</sup>

Besteht ein Konflikt über die Wirksamkeit des Hauptvertrags, kann als Anknüpfungspunkt zur Beurteilung des Parteiwillens die konkrete Formulierung der Mediationsklausel herangezogen werden. Soll ein Mediationsverfahren auch bei Konflikten durchgeführt werden, „die sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag oder über seine Gültigkeit ergeben“<sup>807</sup>, ist der Parteiwille grundsätzlich darauf gerichtet, dass die Mediationsklausel auch bei Streitigkeiten über die Wirksamkeit des Hauptvertrags greifen soll.

Weniger eindeutig ist die Formulierung, dass ein Mediationsverfahren für „alle Streitigkeiten, die sich aus oder in Zusammenhang mit dem Vertrag ergeben“<sup>808</sup>, vorgesehen ist. Hier ist zweifelhaft, ob die Geltung der Mediationsklausel bei Streitigkeiten über die Wirksamkeit des Hauptvertrages gewollt ist. Gleiches gilt für Formulierungen, nach denen ein Mediationsverfahren bei Streitigkeiten „bei der Durchführung dieses Vertrags“<sup>809</sup>, oder schlicht bei „Meinungsverschiedenheiten“ durchzuführen ist, ohne weiter auf den Vertrag Bezug zu nehmen<sup>810</sup>.

## **b) Anwendbarkeit von § 139 BGB?**

Enthält die Klausel keine Regelung bezüglich des Umfangs des Streitgegenstandes oder kann der Parteiwille nicht eindeutig ermittelt werden, wird aufgrund der äußeren Verbindung von Mediationsklausel und Hauptvertrag als gesetzlicher Anknüpfungspunkt § 139 BGB diskutiert. Nach § 139 BGB ist bei Nichtigkeit eines Teils das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil gelten sollte. § 139 BGB regelt ausschließlich die Vermutung der Gesamtnichtigkeit bei einheitlichen Rechtsgeschäften. Wann ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt und die Vermutung der Gesamtnichtigkeit entkräftet ist, wird seit langem in der Literatur diskutiert und durch die Rechtsprechung konkretisiert. Eine äußerliche Verbindung sei ein Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen

---

<sup>806</sup> Z.B. bei Unwirksamkeit eines Unternehmenskaufvertrags, Fischer, Das neue Mediationsgesetz, S. 73.

<sup>807</sup> Eucon-Mediationsklausel, ähnlich Mediationsklausel des BMWA; auch z.B. die DIS-Schiedsklausel unter [www.dis-arb.de](http://www.dis-arb.de).

<sup>808</sup> Mediationsvereinbarung der DIS.

<sup>809</sup> Mediationsklausel der DGMW.

<sup>810</sup> „Schlichtungsklausel“ des BMEV.

Geschäfts<sup>811</sup>, maßgeblich sei aber, dass der Wille der Parteien zur Zeit der Vornahme des zusammengesetzten Geschäfts auf Einheitlichkeit gerichtet gewesen sei.<sup>812</sup> Entscheidend sei, ob das Interesse der Beteiligten und der Verkehrssitte im konkreten Einzelfall darauf gerichtet ist, dass die Geschäfte miteinander stehen und fallen sollen<sup>813</sup>, wobei es auf den rechtlichen Zusammenhang und nicht auf eine wirtschaftliche Verknüpfung ankomme<sup>814</sup>.

Die gleiche Problematik der Unwirksamkeit des Hauptvertrags ist auch im Zusammenhang mit Schieds- und Schlichtungsklauseln bekannt.

### **1) Keine Anwendung von § 139 BGB bei Schieds- und Schlichtungsklauseln**

Für Schiedsklauseln enthält § 1040 Abs. 1 S. 2 ZPO die Regelung, dass sie von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängig sind. Damit kann das Schiedsgericht, wie auch § 1040 Abs. 1 S. 1 ZPO vorschreibt, trotz des Einwands des Schiedsbeklagten, der streitbefangene Hauptvertrag sei unwirksam (nicht wirksam zustande gekommen, nichtig oder wirksam beendet), das Schiedsgerichtsverfahren fortsetzen und damit sowohl über die eigene Zuständigkeit als auch über die Sache entscheiden.<sup>815</sup> Anders als es § 139 BGB vorschreibt, ist bei Schiedsklauseln also der Regelfall nicht die Gesamtnichtigkeit, sondern bei Trennungsmöglichkeit die Aufrechterhaltung der Schiedsklausel<sup>816</sup>, mit der Folge, dass die Schiedsklausel auch dann greift, wenn der übrige Hauptvertrag unwirksam ist.<sup>817</sup> Nach überwiegender Auffassung in der schiedsgerichtlichen Fachliteratur gilt die Vermutung des § 139 BGB im Verhältnis von Hauptvertrag und Schiedsklauseln daher nicht.<sup>818</sup> Vielmehr bleibt die Schiedsklausel auch bei Nichtigkeit des Hauptvertrags wirksam. Andernfalls könnte sich die schiedsunwillige Partei der Bindung durch die Schiedsklausel durch den Einwand der Unwirksamkeit entziehen.<sup>819</sup>

Der BGH hat für Schiedsverträge entschieden, dass sich diese im Fall eines weit gefassten Anwendungsbereichs im Zweifel auch auf Streitigkeiten über die Wirksamkeit des Hauptvertrags

---

<sup>811</sup> BGH NJW-RR 1988, 348, 351; Wendtland, in: BeckOK BGB, § 139, Rn. 8.

<sup>812</sup> Wendtland, in: BeckOK BGB, § 139, Rn. 8; Faust, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, § 139, Rn. 11.

<sup>813</sup> Sog. „Einheitlichkeitswille“, st. Rspr., vgl. nur NJW 2011, 2874, 2877; NJW 1998, 1778, 1780; NJW-RR 2007, 395, 396; NJW 1976, 1931, 1932.

<sup>814</sup> BGH BeckRS 2011, 09199; NJW-RR 2007, 395, 396 aus Wendtland, in: BeckOK BGB, § 139, Rn. 8; so auch Faust, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, Allgemeiner Teil/EGBGB, BGB § 139, Rn. 12.

<sup>815</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 56.

<sup>816</sup> Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO, § 1040, Rn. 9; Saenger, ZPO, § 1040, Rn. 3.

<sup>817</sup> Voit, in: Musielak/Voit, ZPO, § 1040, Rn. 4.

<sup>818</sup> Münch, in: MüKoZPO, Bd. 3, § 1040, Rn. 8; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 58.

<sup>819</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 56.

erstrecken und folglich eine Unwirksamkeit des Hauptvertrags im Zweifel nicht die Unwirksamkeit der Schiedsklausel zur Folge habe.<sup>820</sup>

Auf die genannte Rechtsprechung beruft sich der BGH auch bei einer Entscheidung über die Wirksamkeit einer Schlichtungsklausel: Zu Streitigkeiten über die Durchführung des Vertrags gehörten auch Streitigkeiten darüber, ob der Vertrag überhaupt zur Durchführung gelangt, weil eine Partei seine Unwirksamkeit behauptet. Weit gefasste Schlichtungsklauseln seien im Zweifel dahin gehend auszulegen, dass die Parteien im Zweifel eine umfassende Zuständigkeit der Schlichtungsstelle wollten. Andernfalls hätte es eine Partei in der Hand, mit der Behauptung der Vertragsunwirksamkeit stets die Unanwendbarkeit der Schlichtungsklausel herbeizuführen und damit das vereinbarte Schlichtungsverfahren zu umgehen.<sup>821</sup> Es sei somit davon auszugehen, dass die Parteien die Wirksamkeit der Schlichtungsklausel auch für den Fall wollten, in dem die übrigen vertraglichen Vereinbarungen unwirksam sind. Deshalb habe deren etwaige Unwirksamkeit nicht nach § 139 BGB die Unwirksamkeit der Schlichtungsklausel zur Folge.<sup>822</sup> Auch bei Streit um die Wirksamkeit des Hauptvertrages ist in solchen Fällen der Versuch einer einvernehmlichen Lösung zu unternehmen.<sup>823</sup>

## **2) Keine Anwendung von § 139 BGB bei Mediationsklauseln**

Der weit überwiegende Teil der mediationsrechtlichen Literatur spricht sich mit überzeugenden, wenn auch knappen Begründungen gegen das Vorliegen eines einheitlichen Rechtsgeschäfts bzw. gegen eine Anwendbarkeit des § 139 BGB bei Mediationsklauseln aus.<sup>824</sup> Dafür spricht zunächst die Wertung des § 1040 Abs. 1 ZPO, der von einer Unabhängigkeit der Schiedsklausel ausgeht. Wenngleich die Mediation und das Schiedsgerichtsverfahren als solche nicht vergleichbar sind, so sind es doch die Funktionen der jeweiligen Verfahrensklauseln, da beide für Konflikte in Bezug auf das Hauptrechtsverhältnis gelten sollen. Auch die auf den

---

<sup>820</sup> BGH NJW 1970, 1046, 1047; BGHZ 69, 260, 263 f.

<sup>821</sup> So schon zuvor OLG Rostock, Urteil vom 18.9.2006 – 3 U 37/06, BeckRS 2006, 12525.

<sup>822</sup> BGH NJW-RR 2009, 637, Rn. 22 f.

<sup>823</sup> Ebenso OLG Rostock, Urteil vom 18.9.2006 – 3 U 37/06, BeckRS 2006, 12525.

<sup>824</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322 f.; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 41; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 10 unter Fn. 27; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 27; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 228; Hilbig-Lugani, ZJP 126 (2013), S. 463, 470; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31.



gesetzlichen Wertungen zu Schiedsklauseln beruhenden Erwägungen des BGH zu Schlichtungsklauseln sind auf Mediationsklauseln übertragbar – diese Ansicht vertritt auch der überwiegende Teil der mediationsrechtlichen Literatur.<sup>825</sup>

Gegen eine Anwendbarkeit des § 139 BGB wird überwiegend angebracht, dass kein die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts begründender Einheitlichkeitswille der Parteien vorläge. Der Wille der Parteien sei regelmäßig auf rechtliche Selbstständigkeit der Klausel gerichtet, da es den Parteien möglich sein müsse, in der Mediation die Unwirksamkeit des Hauptvertrages zu klären, ohne über § 139 BGB gleichzeitig die Wirksamkeit der Mediationsklausel klären zu müssen.<sup>826</sup> Es könne nicht angenommen werden, dass die Mediationsvereinbarung mit dem Hauptvertrag stehen und fallen solle.<sup>827</sup> Sinn und Zweck der Mediationsvereinbarung sei gerade, für alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem zugrundeliegenden Vertragsverhältnis ein Verfahren bereitzustellen.<sup>828</sup> Die Annahme der Unabhängigkeit der Mediationsvereinbarung verhindere, dass eine Partei mit der Behauptung, der Vertrag sei unwirksam, die Unanwendbarkeit der Klausel herbeizuführen vermag.<sup>829</sup> Wie bei Schiedsklauseln sei es Sinn und Zweck der Klausel, den Parteien ein Verfahren zur Bewältigung ihrer Vertragsbeziehungen zu ermöglichen – auch dann, wenn über die Wirksamkeit des Vertrags gestritten werde.<sup>830</sup> Mediationsklauseln erfassten nicht nur Streitigkeiten *aus* dem Vertrag, sondern auch *um* den Vertrag, das heißt: dessen Zustandekommen und Bestand. Gegenüber dem Hauptvertrag seien sie selbstständige Vereinbarungen, die von der Unwirksamkeit des Hauptvertrages nicht erfasst werden würden.<sup>831</sup> Der bloße Einwand der Unwirksamkeit führe damit nicht dazu, dass die Klausel unwirksam werde, sondern die Verpflichtung zur Durchführung des Mediationsverfahrens bleibe auch in diesem Fall bestehen.<sup>832</sup> Auch im Fall einer tatsächlichen Unwirksamkeit oder Beendigung des Hauptvertrags bleibe die Mediationsklausel wirksam und gelte

---

<sup>825</sup> Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 159; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht, S. 10; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 58 (der § 139 BGB gar nicht erwähnt); Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 14 ff.; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482 unter Fn. 11; Hutner, unter Fn. 14; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, § 43, Rn. 27 unter Fn. 69 sowie Eidenmüller unter Fn. 27 verweisen auf BGHZ 69, 260, 263 f. zur Schiedsvereinbarung.

<sup>826</sup> Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 228.

<sup>827</sup> Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482.

<sup>828</sup> Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 373; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 27.

<sup>829</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 18; BGH NJW-RR 2009, 637, Rn. 22.

<sup>830</sup> So schon Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 27; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 178 verweist auf BGH NJW-RR 2009, 637 zur Schlichtungsklausel

<sup>831</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 58.

<sup>832</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 58.

für Ansprüche, die sich aus der Unwirksamkeit oder Beendigung des Vertrags ergäben oder die der Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen dienen.<sup>833</sup>

Für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts spricht zwar die äußerliche Verbindung zwischen Mediationsklausel und Hauptvertrag. Zuzustimmen ist der Literatur aber darin, dass der Parteiwille in der Regel darauf gerichtet ist, die Mediationsklausel auch bei Streitigkeiten über die Unwirksamkeit des Hauptvertrags bzw. dessen tatsächliche Unwirksamkeit bestehen zu lassen. Die Tatsache, dass die Mediationsklausel ein Bestandteil des Hauptvertrages ist, indiziert noch keinen Parteiwillen, dass Hauptvertrag und Mediationsklausel in ihrer Wirksamkeit voneinander abhängig sein sollen.<sup>834</sup> Die Aufnahme in den Vertrag kann neben der praktischen Erwägung, alles in einer Urkunde zusammenzufassen, auch noch andere Gründe haben, als eine einheitliche Rechtswirkung für beide Teile bewirken zu wollen. Das Ziel des § 139 BGB ist der Schutz der Privatautonomie der Beteiligten. Die Parteien sollen nicht an einem von ihnen nicht gewollten (Teil-)Rechtsgeschäft festgehalten werden.<sup>835</sup> Die Parteien haben aber durch die Aufnahme einer Mediationsklausel gezeigt, dass sie an einer Regelung für Konfliktfälle interessiert sind. Warum ein Konflikt über die Unwirksamkeit des Hauptvertrags, der ja gerade das Rechtsverhältnis der Parteien begründet, nicht darunter fallen soll, ist nicht einsichtig. Im Fall der nur behaupteten Unwirksamkeit kann es nicht richtig sein, dass eine Partei durch ihre Behauptung die Klausel womöglich gegen den Willen der anderen Partei zu Fall bringen kann. Auch im Fall der tatsächlichen Unwirksamkeit macht es Sinn, über daraus folgende Fragen ein Mediationsverfahren durchzuführen. Die Parteien haben ohnehin die Möglichkeit, die Klausel entweder einvernehmlich aufzuheben oder das Mediationsverfahren abubrechen. In der Regel liegt daher kein Einheitlichkeitswille der Parteien im Sinn des § 139 BGB vor.

Einzig bei Fehleridentität findet § 139 BGB mit der Folge der Unwirksamkeit der Mediationsklausel Anwendung<sup>836</sup>, zum Beispiel bei fehlender Geschäftsfähigkeit der Parteien oder Anfechtung von Hauptvertrag und Mediationsvereinbarung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung<sup>837</sup>. Die Mediationsklausel kann zum Beispiel auch nichtig sein, wenn der Hauptvertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, insbesondere wenn die Mediationsklausel die

---

<sup>833</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 58.

<sup>834</sup> Ähnlich Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 85.

<sup>835</sup> Busche, in: MüKoBGB, Bd.1, § 139, Rn. 1.

<sup>836</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 41; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 178.

<sup>837</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 93.

Durchsetzung des gesetzlichen Verbots verhindern soll.<sup>838</sup> Das ist jedoch nicht zwingend der Fall. Auch bei einem sittenwidrigen und nach § 138 BGB nichtigen Hauptvertrag kann eine Mediation sinnvoll sein.<sup>839</sup> Entscheidend sind letztlich die Umstände des Einzelfalls.

## **5. Formelle Anforderungen an Mediationsklauseln**

### **a) Schriftformerfordernis § 1031 ZPO analog?**

Anders als Mediationsklauseln sind Schiedsvereinbarungen ausdrücklich in den §§ 1029 ff. ZPO geregelt. Schiedsvereinbarungen unterliegen gemäß § 1031 Abs. 1 ZPO der Schriftform. Im unternehmerischen Geschäftsverkehr erfüllt die Formvorgabe des § 1031 Abs. 1 ZPO in erster Linie eine Beweisfunktion.<sup>840</sup> Erfüllt ist sie, wenn die getroffene Vereinbarung irgendwie nachgewiesen werden kann, die Aufzählung des § 1031 Abs. 1 ZPO ist insoweit nicht abschließend.<sup>841</sup> Im unternehmerischen Rechtsverkehr wird das Schriftformerfordernis des § 1031 Abs. 1 ZPO in der Regel erfüllt sein, da ein gesteigertes Interesse daran besteht, getroffene Vereinbarungen nachzuweisen.<sup>842</sup>

Eine im älteren Schrifttum erwogene analoge Anwendung des Schriftformerfordernisses aus § 1031 Abs. 1 bis 3 ZPO auf Mediationsvereinbarungen im unternehmerischen Rechtsverkehr<sup>843</sup> wird heute mangels Vorliegen der Analogievoraussetzungen zu recht abgelehnt.<sup>844</sup> Verträge des materiellen Privatrechts und Prozessverträge sind formfrei, wenn nicht eine Rechtsvorschrift die Form vorschreibt. Bei der Reformierung der schiedsrechtlichen Vorschriften in der ZPO<sup>845</sup> hat der Gesetzgeber keine Anforderungen für eine Mediationsvereinbarung aufgenommen.<sup>846</sup> Seit Inkrafttreten des Mediationsgesetzes kann erst recht keine Regelungs-

---

<sup>838</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 43.

<sup>839</sup> Ebenso Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 94.

<sup>840</sup> Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO, § 1031, Rn. 3; Münch, in: MüKoZPO, Bd. 3, § 1031, Rn. 8.

<sup>841</sup> Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO, § 1031, Rn. 12; vgl. BT-Drs. 13/5274, S. 36; Münch, in: MüKoZPO, § 1031, Bd. 3, Rn. 30 f.

<sup>842</sup> Ähnlich Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 70; Münch, in: MüKoZPO, Bd. 3, § 1031, Rn. 8.

<sup>843</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 14 ff., aber Möglichkeit der Heilung des Formmangels nach § 1031 Abs. 6 ZPO durch Einlassung auf die Mediation; Wagner, BB 2001, S. 30, 31.

<sup>844</sup> Nachweise bei Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 37; Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 158; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 11; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31; Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 73; Greger/v.Münchhausen, § 17, Rn. 464; Hilbig-Lugani ZP 126 (2013), S. 463, 469.

<sup>845</sup> Gesetz zur Neuregelung des Schiedsgerichtsverfahrensrechts, BGBl.1997 Teil I Nr. 88, ausgegeben am 30.12.1997, S. 3224.

<sup>846</sup> Behme, AnwBl. 2017, S. 16, 17.

lücke mehr angenommen werden, da der Gesetzgeber auf Formvorschriften im Mediationsgesetz verzichtet hat<sup>847</sup>, obwohl in der einschlägigen Mediationsliteratur vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes darauf hingewiesen wurde, dass es im Bedarfsfall Aufgabe des Gesetzgebers sei, Formvorschriften zu schaffen<sup>848</sup>.

Gegen eine analoge Anwendung der §§ 1029 ff. ZPO im Allgemeinen spricht auch die mangelnde Vergleichbarkeit beider Verfahren und der entsprechenden Vereinbarungen.<sup>849</sup> Anders als Schiedsvereinbarungen schließen Mediationsvereinbarungen nur vorübergehend das staatliche Gerichtsverfahren aus. Auch können die Parteien das Mediationsverfahren jederzeit beenden und erarbeiten selbst die Lösung, während sie beim Schiedsgerichtsverfahren einem bindenden, wie ein rechtskräftiges Urteil wirkenden Schiedsspruch unterliegen.<sup>850</sup> Adressaten von Mediations- und Schlichtungsklauseln sind deshalb weniger schutzwürdig als die Adressaten von Schiedsklauseln.

Im Hinblick auf Schlichtungsklauseln ist vom BGH vertreten worden, dass die Vorschriften des Schiedsgerichtsverfahrensrechts nicht analog anwendbar seien.<sup>851</sup> Im Hinblick auf Mediationsklauseln muss das erst recht gelten, da die Parteien des Schlichtungsverfahrens gegenüber dem Mediationsverfahren durch den in der Regel verbindlichen Lösungsvorschlag noch schutzwürdiger sind. Das vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes für eine Analogie von § 1031 ZPO angebrachte Argument, dass die geringere Bindungswirkung der Mediationsklauseln durch das höhere Kostenrisiko kompensiert werde<sup>852</sup>, kann die mangelnde Vergleichbarkeit beider Verfahren nicht aufwiegen. Argumentiert wird, dass durch die Mediation Kosten entstünden, die die Parteien im Falle ihres Scheiterns zusätzlich zu den anschließenden Gerichts- und Anwaltsgebühren tragen müssten. Dadurch erschwere die Mediationsvereinbarung die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen in zeitlicher und finanzieller Hinsicht.<sup>853</sup> Zwar ist richtig, dass die Parteien – sollten sie nach Scheitern der Mediation noch ein

---

<sup>847</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 324; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 37; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 8; Behme, AnwBl. 2017, S. 16, 17.

<sup>848</sup> Zum Beispiel von Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322.

<sup>849</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 11, dies erkennt auch Risse an, § 3, Rn. 14; Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., II., Rn. 6.

<sup>850</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 37; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31; Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 58 zu § 1031 Abs.5 ZPO; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 11.

<sup>851</sup> BGH NJW 1977, 2263; zustimmend OLG Celle BeckRS 2008, 21809. Das OLG Frankfurt vom 6.5.2014, Az.: 5 U 116/13, Rn. 100 verneinte eine analoge Anwendung des § 1031 ZPO auf Schlichtungsklauseln mit Verweis auf den Ausnahmecharakter des § 1031 ZPO; zum Ausnahmecharakter auch Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322; Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 58.

<sup>852</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 14 f.; auch Wagner, BB 2001, Beilage 2, S.30 f.

<sup>853</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 14.

Gerichtsverfahren durchführen – sowohl die Kosten des Gerichtsverfahrens als auch der Mediation zu tragen haben. Ein Gerichtsverfahren folgt aber nicht zwangsläufig auf eine gescheiterte Mediation, sondern wird erst aufgrund der Entscheidung einer Partei und nach Abwägung erneuter Kostenrisiken nach Misslingen des Mediationsverfahrens durch Klageerhebung eingeleitet. Wenn sich eine Partei trotz Scheitern der Mediation unter Inkaufnahme eines finanziellen Verlustes entscheidet noch ein Gerichtsverfahren zu beginnen, dessen Ausgang letztlich ungewiss ist, ist das eine eigenverantwortliche Entscheidung, die nicht aus dem Abschluss der Mediationsklausel folgt. Außerdem wird die Partei nicht dadurch schutzwürdiger, dass sie zuvor schon finanzielle Aufwendungen getätigt hat. Der Mediationsklausel kann nicht grundsätzlich eine Warnfunktion für spätere Prozesse aufgebürdet werden. Das gilt zumindest im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern. Anders als Verbraucher müssen Unternehmer auch nicht zwingend vor einem doppelten Kostenrisiko von Mediations- und Gerichtsverfahren geschützt werden.<sup>854</sup> Eine analoge Anwendung von § 1031 Abs.1 ZPO ist demnach abzulehnen. Sie hätte indes auch wenig praktische Auswirkungen, da Mediationsklauseln ohnehin schriftlich in Verträge integriert werden.

## **b) Abgeleiteter Formzwang?**

Da die Formvorschrift des § 1030 Abs. 1 ZPO auf Mediationsklauseln nicht analog anzuwenden ist, unterliegen Mediationsklauseln keinen besonderen Formvorgaben. Gesetzliche Formerfordernisse für Mediationsvereinbarungen gibt es nicht. Der Gesetzgeber hat im Mediationsgesetz auf eine entsprechende Regelung verzichtet. Aufgrund des im materiellen Privatrecht und im Recht der Prozessverträge geltenden Grundsatzes der Formfreiheit<sup>855</sup> sind nach weit überwiegender Ansicht in der Literatur mangels gesetzlich angeordnetem Formzwang Mediationsvereinbarungen grundsätzlich formfrei.<sup>856</sup> Ein zwingendes Formerfordernis besteht daher nicht. Zur Beweiszuwecken empfiehlt sich die Schriftform im Sinn des § 126 BGB<sup>857</sup> bzw. die Textform im Sinn des § 126b BGB<sup>858</sup>.

---

<sup>854</sup> So für Verbraucher Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 15.

<sup>855</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 64.

<sup>856</sup> Greger/v.Münchhausen, § 17, Rn. 463; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322; Friedrich, MDR 2004, S. 481; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht, S. 10; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 37; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 177; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 64; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 23; Lenz/Berning/Trenzczek, in: Trenzczek/Berning/Lenz/Will, Kap.4.4.2.2, Rn. 17- für den Mediationsvertrag zwischen Parteien und Mediator über die Durchführung des Mediationsverfahrens; a.A. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 14.

<sup>857</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31.

<sup>858</sup> Greger/v.Münchhausen, § 17, Rn. 463.

Als Ausnahme von der grundsätzlichen Formfreiheit ist aber denkbar, dass sich ein für den Hauptvertrag geltender Formzwang auf die Mediationsklausel und die Verfahrensordnung erstreckt.<sup>859</sup> Ein abgeleiteter Formzwang wird in der Literatur einhellig zu recht abgelehnt.<sup>860</sup> Gegen einen abgeleiteten Formzwang spricht die Rechtsprechung zur gleichen Problematik bei Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, die eine Erstreckung des Formerfordernisses ablehnt.<sup>861</sup> Für Schiedsvereinbarungen bleibt es damit bei den Formerfordernissen von §§ 38, 1031 ZPO. Der BGH argumentiert, dass der Sinn dieser (selbständigen) Schiedsabrede unzulässig verkürzt werde, würde ein Formmangel des Hauptvertrags auch den Schiedsvertrag erfassen. Denn die Schiedsabrede fiele immer schon dann weg, wenn dem Schiedsvertrag (nur) ein Formmangel des Hauptvertrages anhafte.<sup>862</sup> Gleiches gilt auch für Mediationsklauseln. Ebenso wie Schiedsklauseln sind Mediationsklauseln von den Vertragsparteien in den Vertrag aufgenommen worden, um im Konfliktfall eine Konfliktlösung zu versuchen. Diese Vereinbarung bei einer bloßen Formnichtigkeit des Hauptvertrags von dessen Unwirksamkeit erfassen zu lassen, ist regelmäßig nicht im Interesse der Parteien. Mediationsklauseln und Hauptvertrag bilden grundsätzlich kein einheitliches Rechtsgeschäft, so dass § 139 BGB nicht anwendbar ist. Etwaige Formmängel des Hauptvertrags wirken sich deshalb nicht auf Mediationsklauseln aus. Denn diese sind regelmäßig dahingehend auszulegen, dass sie auch dann wirksam bleiben, wenn der Hauptvertrag unwirksam ist – zum Beispiel wegen Formnichtigkeit.<sup>863</sup> Selbst, wenn man ein einheitliches Rechtsgeschäft annimmt, greift die Vermutung der Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB bei Formerfordernissen nicht.<sup>864</sup> Wenn die Mediationsklausel ausdrücklich auch für Konflikte über die potentielle Formnichtigkeit des Hauptvertrages gilt, ist das erst Recht anzunehmen.<sup>865</sup>

---

<sup>859</sup> Siehe Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 64; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 324.

<sup>860</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 324; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1322; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 482; Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 228; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 37; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht, S. 10 Fn. 27; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 23; Behme, AnwBl. 2017, S. 16, 17; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31 mit Verweis auf die Entscheidung des BGH zu Schiedsklauseln BGHZ 53, 315, 318 f.

<sup>861</sup> BGH NJW 1978, 212, 213.

<sup>862</sup> BGH NJW 1978, 212, 213.

<sup>863</sup> Behme, AnwBl. 2017, S. 16, 17.

<sup>864</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht, S. 10, Fn. 27; zustimmend Behme, AnwBl. 2017, S. 16, 17.

<sup>865</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht, S. 10, Fn. 27 verweist auf die Rechtsprechung des BGH zu Schiedsvereinbarungen BGH NJW 1978, 212, 213.

Darüber hinaus werden gegen einen abgeleiteten Formzwang die Grundsätze der Rechtsprechung zur Erstreckung des Beurkundungszwangs bei zusammengesetzten Verträgen angebracht.<sup>866</sup> Der grundsätzlich nicht formbedürftige Vertrag werde demnach formbedürftig, wenn beide Verträge nach dem erkennbaren Willen einer Partei in ihrer Wirksamkeit miteinander stehen und fallen sollen.<sup>867</sup> Das sei bereits dann der Fall, wenn der formbedürftige Vertrag nicht ohne den formfreien Vertrag geschlossen worden wäre.<sup>868</sup> Davon sei bei Mediationsklauseln in der Regel aber nicht auszugehen.<sup>869</sup> Für letzteres sprechen ähnliche Erwägungen wie sie bereits gegen die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts im Sinn des § 139 BGB angeführt wurden: Der Parteiwille ist in der Regel darauf gerichtet, Hauptvertrag und die Mediationsklausel rechtlich eigenständig zu behandeln. Insbesondere in der unternehmerischen Vertragspraxis erscheint es lebensfremd, wenn die Unwirksamkeit einer Klausel, die lediglich im noch nicht eingetretenen Fall eines Konflikts relevant wird, die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge haben soll.

## **6. Allgemeine Schranken der Privatautonomie: §§ 134, 138, 242 BGB**

Ist der Vertrag wirksam zustande gekommen, können die Vertragsparteien aufgrund des im Zivilrecht geltenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie grundsätzlich frei bestimmen, wie sie die Mediationsklauseln gestalten wollen.<sup>870</sup> Bei den Vorschriften des BGB gilt der Grundsatz, dass diese dispositiv sind, solange nicht das Gegenteil vorgeschrieben ist.<sup>871</sup> Verweist eine Mediationsklausel auf eine Verfahrensordnung, wird diese Bestandteil des Vertrags.<sup>872</sup> Auch Verfahrensordnungen können daher nur solche Fragen regeln, über die die Parteien vertraglich verfügen können und dürfen nur Regelungen treffen, die innerhalb der Spielräume des dispositiven Rechts liegen. Sie können zwingendes Recht nicht umgehen.<sup>873</sup> Das gilt insbesondere für die zwingenden Bestimmungen des Mediationsgesetzes sowie des AGB-Rechts<sup>874</sup>, aber auch des allgemeinen Vertragsrechts. Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen haben darüber hinaus die allgemeinen Schranken der Privatautonomie

---

<sup>866</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 324.

<sup>867</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 324.

<sup>868</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 324, Nachweise in Fn. 33.

<sup>869</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 324.

<sup>870</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 2.

<sup>871</sup> § 311 Abs. 1 BGB spricht von der Freiheit zur Ausgestaltung der schuldrechtlichen Rechtsverhältnisse, „soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt“, dazu Herresthal, in: BeckOGK BGB, § 311, Rn. 9.

<sup>872</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 63.

<sup>873</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 63.

<sup>874</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 63.

aus §§ 134, 138 und 242 BGB zu beachten.<sup>875</sup> Überschreiten die Parteien ihre privatautonomen Dispositionsbefugnisse, kann die Mediationsvereinbarung nach §§ 134, 138 BGB nichtig sein.<sup>876</sup> Wie Schiedsvereinbarungen<sup>877</sup> können Mediationsvereinbarungen nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein, wenn sie den Rechtsschutz übermäßig einschränken. § 138 Abs. 1 BGB soll Missbrauch der Vertragsfreiheit verhindern und wesentliche Grundsätze der Rechtsordnung wie das Rechtsstaatsprinzip.<sup>878</sup> In der mediationsrechtlichen Literatur werden kaum Beispiele für Verstöße von Mediationsklauseln gegen die §§ 134, 138, 242 BGB<sup>879</sup> genannt, die Vorschriften werden regelmäßig nur der Vollständigkeit halber erwähnt. Der geringe Umfang der Ausführungen in der mediationsrechtlichen Literatur zu dieser Problematik legt die Vermutung nahe, dass sie keine große praktische Relevanz bei Mediationsklauseln haben.

§ 138 BGB besaß vor allem vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes bei der Beurteilung von Mediationsvereinbarung inhaltliche Bedeutung, da elementare inhaltliche Maßstäbe des Mediationsverfahrens nicht gesetzlich geregelt waren. Mit Inkrafttreten des Mediationsgesetzes spielt § 138 Abs. 1 BGB insbesondere lediglich bei individualvertraglichen Regelungen eine Rolle, die nicht der Kontrolle der §§ 307 ff. BGB unterworfen sind und für die das Mediationsgesetz keine inhaltlichen Maßstäbe setzt. § 138 BGB hat insofern hauptsächlich eine Auffangfunktion. In besonders gelagerten Einzelfällen kann schon der Abschluss der Mediationsklausel unabhängig von deren Ausgestaltung im Einzelnen selbst als Verstoß gegen § 138 BGB gewertet werden, wenn ein überlegener Vertragspartner der anderen Vertragspartei eine Mediation abverlangt, um diesen von der Verfolgung seiner Rechts abzuhalten.<sup>880</sup>

Die Vorschrift des § 242 BGB erlangt regelmäßig dort Bedeutung, wo eine Mediationsklausel wirksam vereinbart wurde, die Berufung auf sie aber gegen Treu und Glauben verstößt und deshalb unbeachtlich ist. Der häufigste Fall ist die abredewidrige Klageerhebung durch eine Partei, der die beklagte Partei die Einrede der Mediationsklausel (bzw. des regelmäßig in ihr enthaltenen Klageverzichts) entgegenhält. Die Berufung auf diese Einrede kann der beklagten

---

<sup>875</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 43; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 25.

<sup>876</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 38.

<sup>877</sup> BGH SchiedsVZ 2009, 233, 235; Münch, in: MüKoZPO, Bd.3, § 1029, Rn. 15.

<sup>878</sup> BGH SchiedsVZ 2009, 233, 235 zu Schiedsvereinbarungen.

<sup>879</sup> Hiervon ist die Frage zu trennen, welche Auswirkungen die Nichtigkeit des Hauptvertrages aufgrund eines Verstoßes gegen die §§ 134, 138, 242 BGB hat.

<sup>880</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 179.



Partei unter Umständen gemäß § 242 BGB versagt sein.<sup>881</sup> Allgemein ist die Berufung auf die Mediationsabrede wegen Rechtsmissbrauchs unzulässig, wenn sie nur dazu dient, die Durchsetzung offenkundig bestehender Rechte des anderen Teils hinauszuzögern.<sup>882</sup> Ein Treueverstoß kommt aber nur in besonders krass gelagerten Fällen in Betracht, Erschwernisse der Rechtsverfolgung reichen grundsätzlich nicht aus.<sup>883</sup> Wegen möglicher fehlender Erfolgsaussicht kann die Berufung auf eine Mediationsklausel jedenfalls nicht als treuwidrig angesehen werden.<sup>884</sup>

## **II. Anwendbarkeit und Anforderungen des AGB-Rechts**

Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts erlangt dann Bedeutung, wenn ein Unternehmer eine Mediationsklausel in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnimmt und diese Bedingungen zur Grundlage seiner Verträge macht. Desweiteren, wenn er die Einbeziehung einer durch ihn oder von einem Dritten, beispielsweise ein Mediationsverband, vorformulierten Mediationsklausel in den Vertrag verlangt – auch ohne darüber hinaus Allgemeine Geschäftsbedingungen zu verwenden. Schließlich stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des AGB-Rechts, wenn in der Mediationsklausel auf eine vorformulierte Verfahrensordnung verwiesen wird. Genauerer Untersuchung bedarf auch die Frage, ob das AGB-Recht auch anwendbar ist, wenn Unternehmen in ihren gemeinsamen Vertrag statt einer selbst formulierten Mediationklausel eine vorformulierte Mediationsklausel einer Mediationsinstitution aufnehmen wollen, die gegebenenfalls auf eine (vorformulierte) institutionelle Verfahrensordnungen verweist. Mangels Anwendbarkeit der Vorschriften für typisierte Verträge gilt für Mediationsklauseln das allgemeine Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.<sup>885</sup> Das schließt das AGB-Recht mit ein<sup>886</sup>, soweit die entsprechende Regelung eine Allgemeine Geschäftsbedingung nach §

---

<sup>881</sup> Siehe Teil 3, I., 2., e).

<sup>882</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Kap. 2, Rn. 43; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 179.

<sup>883</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 19.

<sup>884</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 181 mit Verweis auf BGH NJW-RR 2009, 637, 639 zur Schlichtungsabrede.

<sup>885</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 13 unter Fn. 17; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 59 ff.

<sup>886</sup> So die ganz überwiegende Meinung in der Literatur: Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, § 25, Rn. 44; Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 74; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 45; Unberath, NJW 2011, 1320, 1323; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 45; Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1248; Töben, RNotZ, S. 321, 340; Tochtermann, ZKM 2008, S. 57; ähnlich schon Hacke zu ADR-Klauseln allgemein und zum AGBG, S. 123; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 26; Lenz/Berning/Trenzczek, in: Trenzczek/ Berning/Lenz/Will, Kap. 4.4., Rn.7; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 32; Friedrich,

305 Abs. 1 S. 1 BGB ist und diese wirksam in den Vertrag einbezogen wurde.<sup>887</sup> Mangels Qualifizierung von Mediationsklauseln als Gesellschaftsvertrag greift die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB nicht. Auch die prozessuale Qualifizierung einzelner Abreden steht der Anwendung des AGB-Rechts nicht entgegen, da das AGB-Recht auch bei prozessualen Abreden anwendbar ist.<sup>888</sup>

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des AGB-Rechts bei Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen schließt jedoch nicht aus, dass in Einzelfällen eine Anwendbarkeit des AGB-Rechts ausscheiden kann. Für Unternehmen kann die Kenntnis von Grenzfällen der Anwendbarkeit des AGB-Rechts von Interesse sein, da das AGB-Recht wegen seiner Schutzfunktion strengere rechtliche Maßstäbe aufstellt als sie für Individualvereinbarungen gelten.<sup>889</sup> Ist eine Klausel nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren, setzen nur die §§ 134, 138, 242 BGB<sup>890</sup> und gegebenenfalls das Mediationsgesetz<sup>891</sup> der Vereinbarung inhaltliche Grenzen.

Der folgende Abschnitt widmet sich daher überblicksartig den Anforderungen der §§ 305ff. an das Vorliegen und die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Schließlich wird geklärt, welche Bedeutung die AGB-rechtlichen Vorschriften bei der inhaltlichen Kontrolle von Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen haben.

## **1. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 305 Abs. 1 BGB**

Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen sind nach § 305 Abs. 1 BGB als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren, wenn sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen darstellen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt und nicht zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

---

MDR 2004, S. 481, 482, etwas ausführlicher noch Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368, a.A. aufgrund der Einordnung der Mediationsvereinbarung als Gesellschaftsvertrag nur Hutner, SchiedsVZ 2003, S. 226, 331.

<sup>887</sup> Ob eine Klausel wirksam in den Vertrag einbezogen wird und ob sie als solche wirksam ist, ist für die AGB-Qualität dagegen nicht maßgebend und wird daher erst später geprüft, Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 3.

<sup>888</sup> Für eine Anwendbarkeit des AGB-Rechts bei Mediationsvereinbarungen deshalb: Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 24; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 32; Rinnert, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, § 30, Rn. 1; Tochtermann, ZKM 2008, S. 57; Becker, in: BeckOK BGB, § 305, Rn. 11, mit Verweis auf BGH NJW 2001, S. 2635, 2636.

<sup>889</sup> Wegen der engen Grenzen des AGB-Rechts empfiehlt Wagner, die Regelungen individuell auszuhandeln, Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn.103.

<sup>890</sup> Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 3.

<sup>891</sup> Siehe Teil 4, III.

## a) Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen

Für das Merkmal der **Vorformulierung** ist lediglich entscheidend, dass die Vertragsbedingung vor Abschluss des Vertrags oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts entworfen wurde, um in künftige Verträge einbezogen zu werden.<sup>892</sup> Es ist nicht erforderlich, dass der Verwender die Vertragsbedingungen selbst vorformuliert hat, sie können auch von einem Wirtschafts- oder Interessenverband bereitgestellt worden sein.<sup>893</sup> Damit sind Musterklauseln und Verfahrensordnungen institutioneller Anbieter als vorformulierte Vertragsbedingungen einzustufen. Dass Verfahrensordnungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden, ist gemäß § 305 Abs. 1 S. 2 BGB unerheblich.

Keine vorformulierte Klausel liegt vor, wenn die Vertragspartner gemeinsam die Mediationsklausel bei Vertragsschluss individuell gestalten.<sup>894</sup> Das gilt unabhängig davon, ob vorher eine Vorformulierung stattgefunden hat<sup>895</sup>, da das ursprüngliche Verwendungsverlangen beim maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom potenziellen Verwender nicht mehr aufrechterhalten wird und die vorformulierte Klausel nach dem Ergebnis der Verhandlungen gar nicht mehr in den Vertrag einbezogen werden soll.<sup>896</sup> Verwenden beide Vertragspartner demnach eine Mediationsklausel oder (institutionelle) Verfahrensordnung lediglich als Orientierungsgrundlage und formulieren diese um, liegen keine vorformulierten Vertragsbedingungen mehr vor. Gleiches gilt, wenn eine ursprünglich vom Verwender oder einem Dritten vorformulierte und in Allgemeine Geschäftsbedingungen integrierte Mediationsklausel bei Vertragsschluss vom Adressaten abgeändert wird.

Ein **Stellen** in kaufmännischen Verträgen liegt laut BGH vor, wenn eine Vertragspartei (der Verwender) die Einbeziehung der vorformulierten Klausel in den Vertrag verlangt<sup>897</sup> oder die Einbeziehung einer Partei zuzurechnen ist<sup>898</sup>. Wer die Geschäftsbedingungen entworfen hat, ist unerheblich<sup>899</sup>, maßgeblich ist, ob eine der Vertragsparteien sich die Bedingungen als von

---

<sup>892</sup> Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 106; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305, Rn. 13; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brander/Hensen, BGB, § 305 BGB, Rn. 21; Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305, Rn. 14.

<sup>893</sup> Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305, Rn. 14.

<sup>894</sup> Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 106; Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368.

<sup>895</sup> Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 145; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brander/Hensen, BGB, § 305, Rn. 47.

<sup>896</sup> Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 145, 145.1.

<sup>897</sup> BGHZ 83, 56, 58; Becker, in: BeckOK BGB, § 305 Rn. 25; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 12.

<sup>898</sup> BGH NJW 1994, 2825, 2826.

<sup>899</sup> BGHZ 88, 368, 370; BGH NJW 1994, 2825, 2826.

ihr gestellt zurechnen lassen muss.<sup>900</sup> Die Fiktion des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB greift in Verträgen zwischen Unternehmern nicht. Entsprechend ist im Einzelfall zu bestimmen, wer Verwender ist. Die Verwendereigenschaft ist grundsätzlich von demjenigen darzulegen und zu beweisen, der sich auf den Schutz der §§ 305ff. BGB beruft.<sup>901</sup> Für das Verlangen nach Einbeziehung ist entscheidend, dass eine Vertragspartei die Bedingungen „unter zurechenbarer Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht zur Vertragsgrundlage“ macht.<sup>902</sup> Der Verwender müsse als „Diktator des Vertragsinhalts“ auftreten und deutlich machen, dass der Vertragsschluss auf der Grundlage von ihm bestimmter Bedingungen erfolgt („Verwendungsverlangen“).<sup>903</sup> Ein einseitiges Verlangen liegt demnach vor, wenn ein Vertragspartner eine selbst oder von einem Anbieter vorformulierte Mediationsklausel in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen übernimmt und diese zur Grundlage aller Verträge macht. Es kann aber auch dann vorliegen, wenn ein Vertragspartner bei Vertragsverhandlungen angibt, den Vertrag nur abzuschließen, wenn eine vorformulierte Mediationsklausel in den Vertrag aufgenommen wird. In der Literatur wird teilweise schon der Wunsch, eine vorformulierte Mediationsklausel von Verbänden vorzulegen, als Stellen im Sinn des § 305 BGB eingestuft – der Vorschlagende wird dann zum Verwender im Sinn des § 305 BGB.<sup>904</sup> Bei Verfahrensordnungen ergibt sich das Verwendungsverlangen daraus, dass in der Mediationsklausel auf diese Bezug genommen wird. Die Bezugnahme auf eine Verfahrensordnung wird sogar dann als Stellen angesehen, wenn die Mediationsordnung nur für den Fall vorgesehen wird, dass sich die Parteien nicht auf eigene Regelungen einigen können.<sup>905</sup> Auch Verfahrensordnungen und Musterklauseln institutioneller Anbieter sind demnach als gestellt anzusehen und unterliegen der AGB-Kontrolle, wenn eine Partei in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf diese verweist<sup>906</sup> oder in der Mediationsklausel auf diese verwiesen wird.<sup>907</sup> Nach herrschender und vorzugswürdiger Ansicht in der Literatur sind Verfahrensordnungen und Musterklauseln unabhängiger Mediations-Institutionen im kaufmännischen Verkehr aber dann von der Inhaltskontrolle auszunehmen, wenn beide Parteien **im Einvernehmen** darauf verwiesen haben.<sup>908</sup> Das gilt zumindest dann, wenn

---

<sup>900</sup> BGH NJW 2010, 1131, Rn. 10; BGHZ 126, 326, 332.

<sup>901</sup> BGH NJW 2010, 1131; BGHZ 118, 229, 238; BGHZ 130, 50, 58.

<sup>902</sup> Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 124.

<sup>903</sup> Zitat Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 124.

<sup>904</sup> Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 387.

<sup>905</sup> Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368.

<sup>906</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 103.

<sup>907</sup> Lenz/Berning/Trenczek, in: Trenczek/Berning/Lenz/Will, Kap. 4.4.2.1, Rn. 8.

<sup>908</sup> So schon Hacke, ADR-Vertrag, S. 333 für das AGBG; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 47 nennt beispielhaft VOB/B – zur eingeschränkten Überprüfbarkeit der VOB/B: BGH NJW 1983, 816, 817

diese Bezugnahme auf der freien Entscheidung beider Vertragspartner beruht. Ein einseitiges Stellen im Sinn des § 305 Abs. 1 BGB liegt dann nicht mehr vor.

Beim Merkmal des Stellens schließt die Möglichkeit der Mitgestaltung durch den Vertragspartner die Qualifizierung als Allgemeine Geschäftsbedingung aus<sup>909</sup>, selbst, wenn diese Möglichkeit ungenutzt bleibt und der Vertragspartner das ursprünglich vorgeschlagene Klauselwerk akzeptiert.<sup>910</sup> Die Wahl zwischen bestimmten, von der anderen Seite vorgegebenen Formularalternativen reicht hierfür aber nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass der Vertragspartner die in Betracht kommenden Vertragstexte frei auswählen kann und alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einbringen kann.<sup>911</sup> Einer AGB-Kontrolle kann der Unternehmer ansonsten wegen der strengen Anforderungen des BGH nur entgehen, wenn er dem Vertragspartner ausdrücklich eine reale Möglichkeit zur Mitgestaltung der Klausel und Verfahrensordnung eröffnet. Musterklauseln und Verfahrensordnungen institutioneller Anbieter sind jedenfalls dann als gestellt anzusehen, wenn sie **von einer Seite** in den Vertrag **ohne Mitgestaltungsmöglichkeit** des Vertragspartners eingeführt werden.

## **b) Vielzahl von Verträgen**

Der Verwender muss gemäß § 305 Abs. 1 BGB die Bedingung **für eine Vielzahl von Verträgen** formuliert haben. Entscheidend ist allein die Absicht der mehrfachen Verwendung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, nicht die tatsächliche Verwendung.<sup>912</sup> Keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen liegen vor, wenn die Vertragsbedingungen nur für einen einzigen geplanten Vertragsschluss vorformuliert wurden.<sup>913</sup> Richtigerweise wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass in derartigen Fällen der Unternehmer ohnehin in der Regel bei der Gestaltung der Klausel verhandlungsbereit sei, da es ihm hier nicht auf die Gleichförmigkeit seiner Verträge ankomme. Dann entsprächen die letztlich vereinbarten Klauseln einer individuell gemäß

---

f.; ebenso Becker, in: BeckOK BGB, § 305, Rn. 25; Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 310, Rn. 65; a.A. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 187, der diese ohne Begründung der AGB-Kontrolle unterwirft.

<sup>909</sup> BGH NJW 2010, 1131, 1132 f.; Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 124; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305, Rn. 2; Becker, in: BeckOK BGB, § 305, Rn. 25; Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368.

<sup>910</sup> BGH NJW 2010, 1131; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305, Rn. 21.

<sup>911</sup> BGH NJW 2010, 1131.

<sup>912</sup> BGH NJW 2010, 1131, Rn. 10; BGH NZV 2015, 294, Rn. 15; Becker, in: BeckOK BGB, § 305, Rn. 24; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305, Rn. 18.

<sup>913</sup> BGH NJW 1997, 135; Becker, in: BeckOK BGB, § 305, Rn. 24; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305, Rn. 17.

§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB ausgehandelten Vereinbarung.<sup>914</sup> Ansonsten kann bei der Absicht dreimaliger Verwendung von einer Vielzahl ausgegangen werden.<sup>915</sup>

Wenn die Bedingungen durch einen Dritten vorformuliert – wie etwa Verfahrensordnungen oder Musterklauseln institutioneller Anbieter – und dann von einer Vertragspartei verwendet werden, ist bezüglich der Verwendungsabsicht allein auf den Willen des jeweiligen Dritten – hier: der anbietenden Mediationsinstitutionen – abzustellen.<sup>916</sup> Bei institutionellen Anbietern der Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen, die diese in der Regel frei zugänglich und abrufbar im Internet veröffentlichen bzw. sogar ausdrücklich zur Verwendung der Klausel auffordern, ist von einem entsprechenden Willen auszugehen. Von einer Verwendungsabsicht gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ist demnach auch auszugehen, wenn ein Unternehmer die Musterklausel eines Anbieters nur zur einmaligen Verwendung in seine Vertragsbedingungen aufnimmt.

Haben Unternehmen miteinander eine individuelle Konflikt-Rahmenvereinbarung ausgehandelt, die ein Vorgehen für gemeinsame zukünftige Konflikte und Verträge festlegt, und bezieht sich später ein Unternehmen auf diese Rahmenvereinbarung, wird diese dadurch nicht zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es fehlt am Schutzbedürfnis, dem die §§ 305 ff. BGB dienen, da keine einseitige Gestaltungsmacht vorliegt. Die Rahmenvereinbarung wurde von beiden Seiten des Einzelvertrags gewünscht (als vorweggenommene Einbeziehungserklärung), sodass kein „Stellen“ von Bedingungen vorliegt. Es kommt daher nicht darauf an, welche Seite im Einzelvertrag „als erste“ auf die Bedingungen der Rahmenvereinbarung Bezug genommen hat.<sup>917</sup> Ausnahmen sind aber möglich, wenn die Rahmenvereinbarung für den Einzelvertrag nicht gilt – sei es, dass die Rahmenvereinbarung ausgelaufen ist oder dass der Einzelvertrag von den Geschäften der Rahmenvereinbarung nicht erfasst ist. Denn dann fehlt der gemeinsame Gestaltungswille und es liegt lediglich einseitiger Akt vor.<sup>918</sup> Aber auch in solchen Fällen

---

<sup>914</sup> Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 310, Rn. 68.

<sup>915</sup> BGH NJW 02, 138; Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368; Becker, in: BeckOK BGB, § 305, Rn. 23.

<sup>916</sup> BGH NJW 2010, 1131 Rn. 10; NZV 2015, 294 Rn. 15; Becker, in: BeckOK BGB, § 305 Rn. 24; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 11; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305, Rn. 19; HK-BGB/Hans Schulte-Nölke BGB § 305, Rn. 4.

<sup>917</sup> Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 305, Rn. 29: „Gleiches muss aber auch für diejenigen Fälle gelten, in denen es letztlich vom Zufall oder von der zeitlichen Reihenfolge der beiderseitigen Willenserklärungen abhängt, welche der Parteien als erste auf die Einbeziehung der AGB verweist“; zustimmend Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 110

<sup>918</sup> Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 110 mit Verweis auf BGH NJW 1979, 367, 369, die er aber als überholt beurteilt.

ist denkbar, dass im Zeitpunkt des Einzelabschlusses dann doch ein gemeinsamer Einbeziehungswunsch vorliegt, der den AGB-Charakter ausschließt“.<sup>919</sup>

### **c) Keine Individualvereinbarung, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB**

Keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen liegen gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB vor, wenn die Klausel zwischen den Parteien ausgehandelt wurde. Maßgeblich ist wie schon beim Stellen im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB das Ausmaß der Mitgestaltungsmöglichkeiten des Vertragspartners. Angesichts dessen drängt sich die berechtigte Frage auf, ob es überhaupt Konstellationen gibt, in denen eine Klausel im Sinn des § 305 Abs. 1 S. 1 gestellt, dann aber gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB individuell ausgehandelt wurde.<sup>920</sup> Während die Literatur sich nicht einig ist, wie diese Frage beantwortet werden soll<sup>921</sup>, beurteilt die Rechtsprechung derartige Grenzfälle ausschließlich nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Die Anforderungen des BGH an das „Aushandeln im Einzelnen“ sind allerdings auch gegenüber Unternehmern sehr streng.<sup>922</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH bedeutet Aushandeln mehr als Verhandeln.<sup>923</sup> Nicht ausreichend ist bloßes Erörtern, der Verwender muss wirklich zur Verhandlung und Abänderung der Klausel bereit sein, das auch gegenüber der anderen Vertragspartei eindeutig äußern und es muss die reale Möglichkeit bestehen, den Vertragsinhalt mitzubeeinflussen<sup>924</sup>. Ein „Aushandeln“ liegt nach Ansicht des BGH nur vor, wenn der Verwender zunächst den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden“ Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stelle und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen

---

<sup>919</sup> Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 110.

<sup>920</sup> Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 147, 113: Nur in Einzelfällen könne es dazu kommen, dass die Klausel zwar vorformuliert, aber dennoch von den Parteien gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB im Einzelnen ausgehandelt sei. Erforderlich sei hierfür, dass der Kunde sich in den Verhandlungen unter bestimmten Voraussetzungen mit der vorformulierten Bedingung einverstanden erklärt habe.

<sup>921</sup> Eigenständige Bedeutung nur bei Verbraucherverträgen: Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 148; nicht bloß klarstellende Funktion: Becker, in: BeckOK BGB, § 305, Rn. 33; § 305 Abs. 1 S. 3 BGB grenzt aus den unter § 305 S. 1 und S. 2 fallenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur negativ die „ausgehandelten“ Bedingungen aus: Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 20; „an sich überflüssig“: Basedow, in: MüKoBGB, Bd. 2, § 305, Rn. 34.

<sup>922</sup> Vgl. nur BGH NJW 2005, 2543, 2544; BGHZ 150, 299, 302 f.; BGH NJW 91, 1678, 1679; BGH NJW 92, 1107, 1108; BGH NJW 2000, 1110, 1111 f.

<sup>923</sup> BGH NJW 92, 1107, 1108; BGH NJW 2000, 1110, 1111 f.

<sup>924</sup> BGH NJW 2000, 1110, 1111 f.; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 25.

einräume mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.<sup>925</sup> Der Verwender müsse sich deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller Regel schlage sich diese Bereitschaft in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen könne ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines „Aushandelns“ gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibe.<sup>926</sup> Maßgeblich ist außerdem, ob die jeweils betroffene Klausel ausgehandelt wurde und nicht, ob überhaupt einzelne Klauseln eines Vertrages zur Disposition standen.<sup>927</sup> Jede Klausel ist daher gesondert daraufhin zu untersuchen, ob sie ausgehandelt wurde.<sup>928</sup>

Wann ein Aushandeln vorliegt, bleibt also letztlich eine Frage des Einzelfalles. Als Leitlinien lassen sich aus Entscheidungen des BGH folgende Tendenzen ableiten: Die Möglichkeit der Mitgestaltung muss umfassend sein. Keine Individualvereinbarung liegt vor, wenn dem Geschäftspartner lediglich die Möglichkeit eröffnet wird, den Vertrag entweder unter Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder gar nicht abzuschließen.<sup>929</sup> Nicht ausreichend ist, wenn der Inhalt der Klausel erläutert wird und der Vertragspartner sich damit einverstanden erklärt.<sup>930</sup> Eine Individualvereinbarung entsteht auch nicht durch eine von der anderen Vertragspartei unterschriebenen Erklärung, der Vertrag sei im Einzelnen ausgehandelt worden<sup>931</sup>, oder wenn die Parteien in einer Individualvereinbarung vereinbaren, es handle sich bei einem Klauselwerk um eine Individualvereinbarung<sup>932</sup>.

Über die Mitgestaltungsmöglichkeit hinaus ist bei nicht leicht verständlichen Texten für ein „Aushandeln“ weiterhin erforderlich, dass der Verwender die andere Vertragspartei über den Inhalt und die Tragweite der Zusatzvereinbarung belehrt oder in anderer Weise erkennbar geworden ist, dass der andere Vertragspartner deren Sinn wirklich erfasst hat.<sup>933</sup> Nicht zwingend erforderlich ist allerdings nach Ansicht des BGH, dass das Aushandeln zu erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes führt. Nur unter besonderen Umständen kann eine

---

<sup>925</sup> BGH NJW-RR 1987, 144, 145; vgl. Senat, BGHZ 84, 108, 111.

<sup>926</sup> BGH NJW-RR 1987, 144, 145.

<sup>927</sup> BGH NJW-RR 1996, 783, 787 f.

<sup>928</sup> Becker, in: BeckOK BGB, § 305 Rn. 33.

<sup>929</sup> BGH NJW 2005, 2543, 2544.

<sup>930</sup> BGH NJW 1991, 1678, 1679.

<sup>931</sup> BGH NJW 1977, 432.

<sup>932</sup> BGH NJW 14, 1725, 1727.

<sup>933</sup> BGH NJW 2005, 2543, 2544; kritisch dazu Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 26: Forderung gehe sehr weit und lasse befürchten, dass der BGH künftig immer höhere, praktisch völlig „illusorische“ Forderungen stellen werde.



Vertragsklausel auch dann als Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt.<sup>934</sup>

Bezogen auf umfangreiche Mediationsklauseln oder Verfahrensordnungen bedeutet das, dass für jede einzelne Regelung zu prüfen ist, ob der Verwender sie ernsthaft zur Disposition stellt und der anderen Partei Gelegenheit gegeben hat, die Regelung zu ihren Gunsten zu verändern.<sup>935</sup> Orientiert an den Grundsätzen des BGH muss der Vertragspartner deutlich und ernsthaft zur Änderung einzelner Klauseln bereit sein und das auch seinem Verhandlungspartner mitteilen.<sup>936</sup>

Stellt der AGB-Verwender eine von ihm vorformulierte Vertragsbedingung als „nicht verhandelbar“ dar und wird diese Bedingung trotz Kritik des Vertragspartners und eigener juristischer Prüfung des Vertragswerks im späteren Vertrag beibehalten, ohne dass der andere Vertragspart die Bedingung in seinen eigenen Vertragswillen aufgenommen hat, liegt nach einem jüngeren Urteil des BGH keine Individualvereinbarung vor.<sup>937</sup> In einer älteren Entscheidung hat der BGH aber die grundsätzliche Aussage (ohne weitere Erläuterungen) gemacht, dass im kaufmännischen Verkehr ein Aushandeln auch dann vorliegen könne, wenn der Verwender eine bestimmte Klausel für unabdingbar erklärt habe.<sup>938</sup> Das Aushandeln könne sogar erst nach Vertragsschluss im Wege einer Vertragsänderung stattfinden.<sup>939</sup>

In der Literatur werden die strengen Anforderungen des BGH überwiegend nur in Bezug auf Verbraucher geteilt. Im Hinblick auf Unternehmer wird größtenteils für eine gelockerte Handhabung bei der Annahme von Individualvereinbarungen plädiert.<sup>940</sup> Eine häufiger vertretene Ansicht bejaht eine Individualvereinbarung bereits dann, wenn die Unternehmer über die Klauseln verhandelt haben<sup>941</sup>, was wiederum die Frage nach der Definition des „Verhandelns“ aufwirft.<sup>942</sup> In diesem Zusammenhang wird vertreten, es reiche aus, wenn bestimmte Klauseln

---

<sup>934</sup> BGH NJW 1988, 410; NJW 1992, 2283, 2285; NJW 1998, 2600 f.; BGH NJW 2013, 856; BGHZ 153, 311, 321; BGHZ 143, 103, 104, 112; Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368.

<sup>935</sup> Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368.

<sup>936</sup> Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368.

<sup>937</sup> BGH NJW 2013, 856, 857.

<sup>938</sup> BGH NJW 1992, 2283, 2285.

<sup>939</sup> BGH NJW 2013, 1431, 1432: Die nachträgliche Änderung müsse aber in einer Weise erfolgen, die es rechtfertige, sie wie eine von vornherein getroffene Individualvereinbarung zu behandeln.

<sup>940</sup> Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305, Rn. 39; a.A. Schwab, AGB-Recht, Rn. 137.

<sup>941</sup> Berger, NJW 2001, 2152, 2153.

<sup>942</sup> Hierzu eine Übersicht des Meinungsstands bei Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 153.1.

während der Vertragsverhandlungen angesprochen worden<sup>943</sup> bzw. diese ernsthaft verhandelt worden seien, auch wenn vorherige Widerstände später aufgegeben würden<sup>944</sup>. Häufig werde eine Klausel nach Erörterung im ursprünglichen Text akzeptiert, wenn beispielsweise der Verwender dafür an anderer Stelle nachgebe, sodass ein Aushandeln durchaus vorliege.<sup>945</sup> Strengere Stimmen verlangen die Einräumung einer Verhandlungsmöglichkeit für den Vertragspartner, die es ihm ermöglicht, seine Interessen zu gestalten.<sup>946</sup> Wenn einzelne Klauseln ausgehandelt seien und deshalb unter § 305 Abs. 1 S. 3 BGB fielen, ändere das nichts am Charakter der anderen Vertragsteile, die weiterhin Allgemeine Geschäftsbedingungen sein könnten.<sup>947</sup> Aufgrund der Beständigkeit der BGH-Rechtsprechung empfiehlt sich für Unternehmen aber nur eine Orientierung an den vom BGH zu § 305 Abs. 1 S. 3 BGB entwickelten Leitlinien<sup>948</sup>, wenn angestrebt wird, Allgemeine Geschäftsbedingungen durch (vermeintliches) Aushandeln in Individualvereinbarungen zu verwandeln<sup>949</sup>.

## **2. Einbeziehung von Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen in den Vertrag**

Die Anwendung des AGB-Rechts setzt weiterhin voraus, dass die Mediationsklausel und die Verfahrensordnung wirksam in den Vertrag einbezogen wurden. Werden Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen gegenüber Unternehmern verwendet, sind wegen § 310 Abs. 1 BGB die besonderen Anforderungen an die Einbeziehung gemäß § 305 Abs. 2 und 3 BGB nicht zu beachten.

### **a) Vereinfachte Form der Inbezugnahme: Konsensprinzip**

Die vereinfachte Form der Inbezugnahme findet wegen des weit gefassten Unternehmerbegriffs von § 14 BGB häufig Anwendung, da alle gewerblichen und selbstständigen Vertragspartner darunter fallen.<sup>950</sup> In diesen Fällen gelten lediglich die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Anforderungen an den Vertragsschluss und die Auslegung desselben (§§ 145 ff. BGB),

---

<sup>943</sup> Berger NJW 2001, 2152.

<sup>944</sup> Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305, Rn. 39.

<sup>945</sup> Stadler, in: Jauernig, BGB § 305, Rn. 9.

<sup>946</sup> Grüneberg, in: Palandt, § 305, Rn. 20.

<sup>947</sup> Schulte-Nölke, in: HK-BGB, § 305, Rn. 7.

<sup>948</sup> So auch Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368. Die übrige Mediationsliteratur setzt sich mit dieser Frage nicht auseinander.

<sup>949</sup> So die Einschätzung von Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 143.

<sup>950</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S.45 f.

wobei Handelsbräuche und Branchenüblichkeit zu berücksichtigen sind.<sup>951</sup> Notwendig ist eine ausdrückliche oder stillschweigende Willensübereinstimmung der Vertragspartner zur Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das so genannte Konsensprinzip. Dazu muss der eine Teil zum Ausdruck bringen, dass neben dem individualvertraglich Vereinbarten auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsinhalt werden sollen. Damit muss der andere Teil einverstanden sein.<sup>952</sup> Der Hinweis des Verwenders ist allerdings nicht zwingend notwendig, wenn der Vertragspartner wusste oder wissen musste, dass der Verwender Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet und er deren Anwendung nicht ausgeschlossen hat.<sup>953</sup> Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen bei Unternehmerverträgen nicht dem Vertrag beigefügt sein.<sup>954</sup> Ausreichend ist der Hinweis aus, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Wunsch übersandt werden.<sup>955</sup>

Entsprechend gilt auch für gesondert gefasste Regelungen wie Verfahrensordnungen, dass diese bereits durch einen Verweis in der Mediationsklausel zu deren Inhalt werden<sup>956</sup>, sie müssen nicht eigenständig abgedruckt sein. Dem Unternehmer ist zumutbar, sich eigenständig Kenntnis von den Verfahrenseinzelheiten zu verschaffen, wenn ihm die Kenntnisnahme auf angemessene Weise ermöglicht wird.<sup>957</sup> Ausreichend ist es insofern, wenn die Verfahrensordnung im Internet zu finden und die Internetadresse angegeben ist.<sup>958</sup>

Zu beachten sind bei fehlender ausdrücklicher Zustimmung unter Kaufleuten und Unternehmern die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, das ein Handelsbrauch im Sinn des § 346 HBG darstellt und Rechtswirkungen entfaltet. Ein Vertragsschluss kommt dann bereits zustande, wenn der Empfänger einer nach Verhandlungen erfolgten Bestätigung der getroffenen Vereinbarung seines Vertragspartners nicht unverzüglich widerspricht.<sup>959</sup> Auch

---

<sup>951</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 45; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 30; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 93, BGH NJW 1992, 1232; Grüneberg, in: Palandt, § 305, Rn. 49.

<sup>952</sup> BGH NJW 1992, 1232.

<sup>953</sup> St. Rspr. des BGH, z.B. BGHZ 1, 83, 85 f.; BGHZ 3, 200, 203; BGHZ 18, 98, 99; BGH NJW 1971, 2127; BGH NJW 1985, 2411, 2412; BGHZ 96, 136, 138; BGH NJW-RR 1996, 1313; BGHZ 129, 323, 324 f.; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305, Rn. 95.

<sup>954</sup> BGHZ 18, 212, 216; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305 Rn. 104; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305, Rn. 115.

<sup>955</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 33.

<sup>956</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 32; So auch bei einer Verfahrensordnung des Schiedsgerichtshofs der Internationalen Handelskammer BGH NJW 1988, 3090, 3091.

<sup>957</sup> Grüneberg, in: Palandt, § 305, Rn. 53; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 29; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323.

<sup>958</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 30.

<sup>959</sup> BGH NJW 2011, 1965, 1966; Graf von Westphalen, in: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Teil Vertragsrecht, Schriftformklauseln, VIII., 1. Allgemeine Grundsätze, Rn. 56.

Allgemeine Geschäftsbedingungen können nach Ansicht des BGH im kaufmännischen Handelsverkehr stillschweigend einbezogen werden, insbesondere durch schlüssiges Verhalten.<sup>960</sup> Das setzt jedoch laut BGH voraus, dass die andere Partei im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung einen immer wiederkehrenden Hinweis auf diese Bedingungen unwidersprochen gelassen hat. Nur ein Schweigen über einen längeren Zeitraum hin berechtige die andere Partei zu der hinreichend sicheren Annahme, dass der Vertragspartner mit den Geschäftsbedingungen für die Zukunft einverstanden sei.<sup>961</sup> Auch für die Vereinbarung einer Mediationsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann demnach das Schweigen des Vertragspartners ausreichen, wenn der verwendende Vertragspartner diese in einer laufenden Geschäftsbedingung immer in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet und die andere Partei nie widersprochen hat. Gleiches gilt für Verweise auf Verfahrensordnungen.

#### **b) Anwendbarkeit des § 305c Abs. 1 BGB**

Früher wurde vertreten, dass § 305c BGB bei ADR-Klauseln nicht anwendbar sei, weil die Klausel erst zum Tragen komme, wenn die Vertragsverletzung bereits eingetreten seien.<sup>962</sup> Dagegen wurde zu recht eingewendet, dass dann auch alle Rechtsfolgenbestimmungen zu Vertragsverletzungen nicht an § 305c BGB gemessen werden könnten, obwohl der Adressat solcher Bestimmungen genauso schutzbedürftig ist.<sup>963</sup>

Nicht durchgesetzt hat sich auch die Ansicht, nach der ADR-Klauseln schon wegen des Schutzzwecks des § 305c Abs. 1 BGB (damals noch § 3 AGBG) nicht als überraschende Klauseln zu werten seien. § 305c Abs. 1 BGB schütze den Verwendungsgegner davor, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen überrumpelt zu werden und dadurch mit Vertragspflichten konfrontiert zu werden, mit denen er nicht zu rechnen brauchte.<sup>964</sup> Damit solle vor allem der Inhalt des Hauptvertrags von abwegigen Inhalten freigehalten werden. Eine ADR-Klausel habe hingegen keinen unmittelbaren Einfluss auf die durch den Vertrag begründeten Pflichten, da sie immer erst dann zum Tragen komme, wenn auf der Ebene des Hauptvertrages eine Streitigkeit eingetreten ist. Wenn die Vertragsdurchführung ordnungsgemäß ablaufe, habe sie keinerlei Auswirkungen auf den Vertrag und sei somit eine subsidiäre Vertragsbestimmung.<sup>965</sup> Dagegen

---

<sup>960</sup> BGH NJW 1978, 2243 zum Abschluss einer Schiedsabrede durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben; SchiedsVZ 2009, 71.

<sup>961</sup> BGH NJW 1978, 2243.

<sup>962</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 124.

<sup>963</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 17; zustimmend Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 33.

<sup>964</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 124.

<sup>965</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 124; zustimmend Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1248.

wird zu recht eingewendet, dass damit alle Bestimmungen, die eine Rechtsfolge für Vertragsstörungen vorsehen, einer AGB-Kontrolle entzogen würden, obwohl kein Unterschied in der Schutzbedürftigkeit erkennbar ist.<sup>966</sup>

Mediationsklauseln sind daher an § 305c Abs. 1 BGB zu messen.

### **c) Mediationsklauseln überraschend gemäß § 305c Abs. 1 BGB?**

§ 305c Abs. 1 BGB gilt auch gegenüber Unternehmern, da § 305c Abs. 1 BGB nicht durch § 310 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen ist.

Es ist umstritten, ob Mediationsklauseln als überraschend gemäß § 305c Abs. 1 BGB zu werten sind und daher nicht Vertragsbestandteil werden können. Nach dem Wortlaut des § 305c Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen überraschend, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Der Wortlaut kombiniert damit das objektive Element der Ungewöhnlichkeit mit dem subjektiven Element des Erwartungshorizonts des Empfängers.

Im Schrifttum wird die Prüfung des § 305c Abs. 1 deswegen häufig unterteilt, auch die Rechtsprechung prüft vereinzelt zweigeteilt: Die Klausel muss objektiv ungewöhnlich und infolgedessen für den Vertragspartner subjektiv überraschend sein.<sup>967</sup>

#### **1) Mediationsklauseln objektiv ungewöhnlich?**

**Ungewöhnlich** sind Klauseln, die sowohl inhaltlich als auch formal nicht zu erwarten sind.<sup>968</sup>

Bei der Erwartungshaltung ist nicht die individuelle Erwartungshaltung entscheidend. Vielmehr gilt ein objektiver Maßstab, also das, was ein Durchschnittskunde des vertragstypischen Kundenkreises erwarten würde.<sup>969</sup> Für das typische Klauselverständnis sind der Vertragstyp, die Branche, die für den Geschäftskreis übliche Gestaltung sowie die äußere Gestaltung des Vertrags zu berücksichtigen.<sup>970</sup> Auch kann der Grad der Abweichung vom dispositiven Recht

---

<sup>966</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 33; Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, § 3, Rn. 17.

<sup>967</sup> BGH BeckRS 2011, 21189 Rn. 16; BAG NZA 2013, 680, 685; BAG NZA 2012, 908, 909; Schmidt, in: BeckOK BGB, § 305c, Rn. 13; kritisch zu dieser nicht trennscharfen Unterteilung: Bonin, in: BeckOGK BGB, § 305c, Rn. 29.

<sup>968</sup> Jacobs, in: BeckOK ArbR, § 305c, Rn. 7.

<sup>969</sup> BGH NJW 1985, 850 851; NJW 1995, 2637, 2638; NJW-RR 2012, 3427 Rn. 10; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305c, Rn. 5; Tochtermann, ZKM 2008, S. 57; H. Schmidt, in: BeckOK BGB, 305c, Rn. 14; Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 305c Rn. 14; a.A. Lindacher/Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305c, Rn. 27: Branchenüblichkeit zähle nur dann, wenn auch die Verwendergegensseite branchenzugehörig ist-davon wird bei den meisten B2B-Verträgen auszugehen sein.

<sup>970</sup> BGH NJW 2001, 1416, 1417; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305c, Rn. 5; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305 c, Rn. 6.

oder vom Leitbild der gesetzlichen Regelung ein Kriterium sein.<sup>971</sup> Neuartige Klauseln sind regelmäßig ungewöhnlich.<sup>972</sup>

Im Schrifttum werden Mediationsklauseln weit überwiegend nicht mehr als ungewöhnlich bewertet<sup>973</sup>, es sei denn, eine gesetzliche Klagefrist besteht oder ein Mediationsverfahren wäre wegen der geringen Bedeutung des Vertragsgegenstands unverhältnismäßig, da es für den wirtschaftlich schwächeren Teil einer Rechtswegsperre gleichkommt.<sup>974</sup>

Auch wurde vertreten, dass Mediationsklauseln nur bei internationalen Handelsverträgen üblich seien, da der Verwendungsgegner dort auch mit einer Schiedsklausel zu rechnen habe.<sup>975</sup>

Diese Ansicht lässt sich seit Erlass der Mediationsrichtlinie, dem Mediationsgesetz sowie den zahlreichen Verbraucherschützenden Normen im Hinblick auf alternative Streitbeilegung nicht mehr aufrechterhalten. Insbesondere kann auch ein gesetzliches Leitbild der Streitbeilegung mittels staatlicher Gerichtsbarkeit nicht mehr angenommen werden.<sup>976</sup> Die Mediation hat sich mittlerweile nicht nur gesetzlich etabliert, sondern wird auch in der wirtschaftlichen Praxis als alternatives Streitverfahren zunehmend eingesetzt.<sup>977</sup> Der kaufmännische Geschäftsverkehr ist angesichts der zunehmenden Verbreitung alternativer Konfliktlösungsverfahren mittlerweile auch hinsichtlich der Verwendung von Klauseln zur alternativen Streitbeilegung sensibilisiert.<sup>978</sup> Darüber hinaus kann bei Unternehmern im Handelsverkehr in der Regel eine größere

---

<sup>971</sup> BGH NJW 2001, 1416, 1417; NJW-RR 2001, 1420, 1421; BGH NJW-RR 2004, 780, 781; NJW 1995, 2553, 2554; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305c, Rn. 5; Bonin, in: BeckOGK BGB, § 305c, Rn. 39.

<sup>972</sup> Wagner, BB Beilage 2001, S. 30 f.

<sup>973</sup> So schon für Unternehmer in Analogie zu Schiedsklauseln: Wagner, BB Beilage 2001, S. 30 f.; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 183; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, § 43 Rn. 26; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 33 f.; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323; Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 72; trotz noch verhältnismäßig geringer (inländischer) Verbreitung: Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 47; Rinnert, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, § 30, Rn. 17 litvz; Fischer, in: Handbuch Mediation, § 25, Rn. 44; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 24; schon vor Inkrafttreten des MediationsG Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 26; Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 21; a.A. Tochtermann, ZKM 2008, S. 58 als „derzeit noch“ überraschend; wohl auch Töben, RNotZ 2013, S. 321, 340.

<sup>974</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 183; zustimmend Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 44.

<sup>975</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 33; Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1248; Hacke, S. 124; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 17.

<sup>976</sup> Rinnert, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, § 30, Rn. 17; Fischer, in: Handbuch Mediation, 2016, § 25, Rn. 44; schon vor Inkrafttreten des MediationsG Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 26; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 24; Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 21.

<sup>977</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 183; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, § 43, Rn. 26; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 33 f.; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323; Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 72; trotz noch verhältnismäßig geringer (inländischer) Verbreitung: Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 47; so bereits Wagner, BB 2001, Beil.2, S. 31 mit Verweis auf BGH NJW 1992, 575 zur Zulässigkeit von Schiedsklauseln zwischen Unternehmern; mit ihnen sei stets zu rechnen: Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 46, der auf die Rechtsprechung zu Schiedsklauseln gegenüber Verbrauchern verweist, BGHZ 162, 9, 15.

<sup>978</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 57.

Professionalität erwartet werden, sodass dort ein geringeres Schutzbedürfnis des Vertragspartners besteht als im Rechtsverkehr mit Verbrauchern.<sup>979</sup>

Umgekehrt lässt sich die Ungewöhnlichkeit von Mediationsklauseln aber nicht pauschal verneinen. Welche Regelungen genau in Unternehmensverträgen üblich sind, lässt sich mangels verlässlicher Statistiken zur Verbreitung von Mediationsklauseln nicht pauschal beantworten.

**DEN** Unternehmensvertrag gibt es darüber hinaus nicht, sondern nur eine Vielzahl unterschiedlicher Verträge in unterschiedlichen Branchen. Der für die Beurteilung der Ungewöhnlichkeit maßgebliche vertragstypische Kundenkreis kann sich daher auch von Branche zu Branche unterscheiden. Orientiert man sich daran, wie verbreitet Wirtschaftsmediationen in bestimmten Branchen oder Unternehmenskontexten sind, dürften Mediationsklauseln in Verträgen von international agierenden Konzernen häufiger anzutreffen sein als bei national handelnden mittelständischen und kleinen Unternehmen. Die Mediation wird beispielsweise bei großen Bauprojekten erfolgreich eingesetzt, sodass bei entsprechenden Verträgen Mediationsklauseln durchaus zu erwarten sind. Das heißt im Umkehrschluss nicht, dass Mediationsklauseln in anderen Branchen oder mittelständischen Verträgen ungewöhnlich sind – letztlich muss die Branche in Einzelfall betrachtet werden.

Die Grundannahme, dass Unternehmer aufgrund ihrer Geschäftserfahrung weniger schutzbedürftig seien als Verbraucher, bedeutet auch nicht, dass ein Unternehmer immer mit Ungewöhnlichem rechnen muss.<sup>980</sup> Der Schutz des § 305c BGB gilt für ihn genauso wie für Verbraucher<sup>981</sup>. Wenn Mediationsklauseln im Geschäftsbereich des Unternehmers nicht üblich sind, ist er genauso schutzwürdig.<sup>982</sup>

## **2) Subjektiver Überraschungseffekt**

Zu der (objektiv zu beurteilenden) Ungewöhnlichkeit muss noch ein **Überrumpelungseffekt** hinzukommen.<sup>983</sup> Eine lediglich ungewöhnliche oder unerwartete Klausel reicht nicht aus.<sup>984</sup>

---

<sup>979</sup> So schon der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), BT-Drs. 7/3919, 43; OLG Oldenburg NJOZ 2007, 5937, 5943; Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 305c, Rn. 54; Bonin, in: BeckOGK BGB, § 305c, Rn. 11; ähnlich Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305c, Rn. 31.

<sup>980</sup> Bonin, in: BeckOGK BGB, § 305c, Rn. 12.

<sup>981</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 43.

<sup>982</sup> Bonin, in: BeckOGK BGB, § 305c, Rn. 12.

<sup>983</sup> BGH NJW 1990, 577.

<sup>984</sup> Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305c, Rn. 10; Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 305c, Rn. 22.

Zwischen den Erwartungen des Adressaten und dem Klauselinhalt muss eine Diskrepanz bestehen<sup>985</sup>, sodass der Adressat mit einer solchen Klausel vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte.<sup>986</sup>

Die Erwartungen bestimmen sich auch hier einerseits objektiv, d.h. nach dem typischerweise zu erwartenden Kundenkreis.<sup>987</sup> Es gilt darüber hinaus auch ein subjektiver Maßstab, der insbesondere das beim Partner „individuell vorhandene oder ihm individuell mögliche Umstandswissen“ miteinbezieht.<sup>988</sup> Den Grundsätzen der Rechtsprechung zum Überraschungsverbot wurde entnommen, dass mit einer überraschenden Klausel im Regelfall eine einseitige Bevorzugung des Verwenders einhergehe, an der es fehle, wenn die Mediationsklausel ausgewogen ist.<sup>989</sup> Mangels handfester Kriterien zur Bestimmung der Ausgewogenheit kann sich aber der Verwender der Klausel darauf nicht verlassen.<sup>990</sup> Vorgeschlagen wurde auch, dass in Anlehnung an die Beurteilung von Schiedsgutachtenklauseln Mediationsklauseln dann nicht über-rumpelnd seien, wenn der Mediator besonderen Sachverstand auf dem entsprechenden Gebiet mitbringe.<sup>991</sup>

### **3) Ergebnis und Hinweise zu Gestaltungsmöglichkeiten**

Aufgrund der individuell einzubeziehenden Faktoren, der nicht einheitlichen Ansätze im Schrifttum und der Tatsache, dass sich die Rechtsprechung zum Überraschungseffekt von Mediationsklauseln bisher nicht ausdrücklich geäußert hat, können keine pauschalen Aussagen über den Überraschungseffekt von Mediationsklauseln getroffen werden. Bei der Anwendung des § 305c BGB besteht daher noch Rechtsunsicherheit. Verwender von Mediationsklauseln haben nur in geringem Umfang die Möglichkeit, dem Überraschungseffekt entgegenzuwirken. Einflussmöglichkeiten bestehen allenfalls bei der Minimierung des subjektiven Überraschungseffekts. Wenn der Vertragspartner aufgeklärt wird und sich damit einverstanden erklärt, liegt gegebenenfalls eine Individualabrede gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB vor, mit der Folge, dass § 305 c Abs. 1 BGB nicht anwendbar ist.<sup>992</sup>

---

<sup>985</sup> Wagner, BB Beilage 2001, S. 30, 31; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305c, Rn. 10.

<sup>986</sup> BGHZ 84, 109, 112 ff.; BGH NJW 1990, 576, 577; OLG Frankfurt, VersR 1983, 528, 529; Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305c, Rn. 10; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 17.

<sup>987</sup> Wagner, BB Beilage 2001, S. 30, 31.

<sup>988</sup> BGH NJW-RR 2002, 485, 486; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 305c, Rn. 9.

<sup>989</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 17.

<sup>990</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 33.

<sup>991</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 33.

<sup>992</sup> Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305c, Rn. 8.



Ist die Klausel nicht als Individualabrede zu werten, lässt der ausdrückliche Hinweis auf eine Klausel<sup>993</sup> oder die nachweisliche Kenntnisnahme durch den Vertragspartner<sup>994</sup> den Überraschungscharakter entfallen. Teilweise wird bei Verträgen, die typischerweise von besonderer Bedeutung sind (z.B. ein Großauftrag oder Rahmenvertrag), vom unternehmerisch tätigen Vertragspartner die Kenntnisnahme erwartet, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Regelungskomplexen sinnvoll gegliedert seien und die einschlägige Klausel in diesem Kontext systemgerecht eingepasst sei.<sup>995</sup> Um eine Kenntnisnahme sicherzustellen, wird in der mediationsrechtlichen Literatur die drucktechnische Hervorhebung der Mediationsklausel, die Platzierung an einer exponierten Stelle<sup>996</sup> oder der ausdrückliche Hinweis auf die Mediationsklausel<sup>997</sup> empfohlen.

Ist eine Mediationsklausel nicht wirksam einbezogen, ist kein Mediationsverfahren vereinbart. Ist hingegen nur die Verfahrensordnung nicht wirksam einbezogen (zum Beispiel mangels Hinweis bei Vertragsschluss), bleibt die Mediationsklausel wirksam und es greifen ergänzend die Verfahrensregelungen des Mediationsgesetzes bzw. die ergänzende Vertragsauslegung (§§ 133, 157, 242 BGB)<sup>998</sup>.

### **3. Inhaltskontrolle nach § 307 BGB**

Werden vorformulierte Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen gegenüber Unternehmen verwendet und sind diese wirksam in den Vertrag einbezogen worden, sind sie wegen § 310 Abs. 1 BGB nur an §§ 307, 308 Nr.1a, b BGB zu messen, wobei § 308 Nr.1 a und b BGB bei Mediationsklauseln nicht relevant sind. Der Begriff des Unternehmers nach § 14 BGB ist weit gefasst und betrifft auch alle gewerblichen und selbstständigen Vertragspartner.<sup>999</sup> Nach § 307 BGB dürfen die Bestimmungen der Mediationsklausel und Verfahrensordnung den Adressaten nicht unangemessen benachteiligen. Eine inhaltliche Überprüfung am Maßstab des §

---

<sup>993</sup> Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 305c, Rn. 8; Schmidt, in: BeckOK BGB, § 305c, Rn. 19; BGH NJW 1992, 746; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 34.

<sup>994</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 48 mit Verweis auf BGH NJW 1992, 1822, 1823.

<sup>995</sup> Lindacher/Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305c, Rn. 96.

<sup>996</sup> Töben, RNotZ, S. 321, 340.

<sup>997</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 17; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 34; Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 21; Wagner, BB 2001, Beil.2, S. 31; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 48; Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 58.

<sup>998</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 30.

<sup>999</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 45 f.

307 BGB findet nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht statt, soweit die enthaltenen Abreden deklaratorisch sind, d.h. bestehende Rechtsvorschriften lediglich wiederholen.<sup>1000</sup> Grund für die Regelung des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ist, dass für als unwirksam beurteilte Klauseln ohnehin gemäß § 306 Abs. 2 BGB die gesetzlichen Vorschriften anzuwenden wären und die AGB-Kontrolle darüber hinaus nicht der Untersuchung gesetzlicher Interessenbewertungen dient.<sup>1001</sup> Wegen § 307 Abs. 3 S. 2 BGB gilt das Transparenzgebot aber auch für die von der Inhaltskontrolle nach § 305 Abs. 1, 2 BGB nicht erfassten deklaratorischen Klauseln.

Wenn die Abrede hingegen von einer Rechtsvorschrift abweicht, also eine Rechtsvorschrift inhaltlich verändert, konkretisiert oder ersetzt, findet eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB statt.<sup>1002</sup> Seit Inkrafttreten des Mediationsgesetzes existieren Vorschriften zur Mediation, die sich teilweise mit den Inhalten einiger Musterklauseln und Mediationsordnungen überschneiden. Das sind zum Beispiel Regelungen, die die Rolle des Mediators als unabhängigen und neutralen Dritten ohne Entscheidungsbefugnis (§ 1 Abs. 2 MediationsG) oder Wesensmerkmale der Mediation aus § 1 Abs. 1 MediationsG formulieren. Soweit sich Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen inhaltlich mit den Vorschriften des Mediationsgesetzes decken, findet aufgrund ihres deklaratorischen Charakters keine Inhaltskontrolle statt, sodass im Vorfeld einer Inhaltskontrolle eine entsprechende Prüfung im Einzelfall vorzunehmen ist.

Fehlt eine gesetzliche Regelung, kann dennoch in Ausnahmefällen eine Abweichung von einer gesetzlichen Regelung angenommen werden. Schon vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes wurden beispielsweise gesetzliche Grundannahmen zu Rechtsvorschriften konstruiert, um Inhalte wie den Klagbarkeitsausschluss als Abweichung von gesetzlichen Regelungen einordnen zu können und damit eine Inhaltskontrolle zu ermöglichen.<sup>1003</sup> Soweit konkrete Abreden von Musterklauseln und Verfahrensordnungen betroffen sind, wird diese Thematik an entsprechender Stelle nochmal aufgegriffen.

---

<sup>1000</sup> Teilweise wird im Schrifttum vertreten, dass deklaratorische Mediationsvereinbarungen schon keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen darstellen, z.B. Lapp, in: Schmidt/Lapp/Monßen, § 5, Rn. 368; diese Ansicht ist aber mit der Formulierung des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht vereinbar, da dieser nicht die AGB-Qualität beschreibt, sondern die Anwendbarkeit des § 307 BGB einschränkt, ebenso Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 34; Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, § 305, Rn. 88; BGH NJW 1988, 2951.

<sup>1001</sup> Jacobs, in: BeckOK ArbR, § 307, Rn. 12; Grüneberg, in: Palandt, 2018, § 307, Rn. 63.

<sup>1002</sup> Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 307, Rn. 44, m.w.N.; Eckelt, in: BeckOGK BGB, § 307, Rn. 166.

<sup>1003</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 16 in Fn. 43; dazu Nelle/Hacke, ZKM 2002, S. 257, 262; Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1248.

## a) Prüfungsmaßstab bei Unternehmensverträgen

Die Inhaltskontrolle durch § 307 BGB ist vor allem für die Beurteilung einzelner Klauselinhalte relevant. Angesichts der Vielzahl möglicher verschiedener Abreden materieller und prozessualer Art ist grundsätzlich für jeden einzelnen (nicht deklaratorischen) Regelungsgegenstand gesondert zu prüfen, ob er den Vorgaben des § 307 BGB entspricht. Die teilweise geäußerte Behauptung, dass vorformulierte Mediationsvereinbarungen in der Regel nicht an der Inhaltskontrolle scheitern<sup>1004</sup>, trifft in dieser Pauschalität jedenfalls nicht zu. Der wesentliche rechtliche Maßstab ist bei den meisten Regelungsinhalten § 307 Abs. 2 BGB und die Generalklausel der unangemessenen Benachteiligung des § 307 Abs. 1 BGB. Insbesondere die in § 307 Abs. 2 BGB genannten Zweifelsregelungen für zwei Grundfälle der unangemessenen Benachteiligung spielen bei der AGB-rechtlichen Prüfung von Mediationsklauseln eine besondere Rolle, da Kontrollmaßstab im Sinn des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch das Mediationsgesetz ist.<sup>1005</sup>

Die §§ 308, 309 BGB sind (mit Ausnahme von § 308 Nr. 1a, b BGB) gegenüber Unternehmern wegen § 310 Abs. 1 S. 1 BGB nicht anwendbar. Ihre Wertungen können aber eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 BGB nahelegen, wenn die gegenüber einem Unternehmer eingesetzte Klausel auch gegenüber einem Verbraucher unwirksam wäre und eine „Parallelwertung in der Unternehmersphäre“ geboten ist.<sup>1006</sup> Einzubeziehen sind die besonderen Umstände des Einzelfalls, wie die Eigenheiten des Geschäfts – insbesondere die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche<sup>1007</sup> – und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine Übertragung der Wertung ist umso naheliegender, je größer die wirtschaftliche Abhängigkeit des unternehmerischen Vertragspartners vom Klauselverwender ist und der Vertragspartner das Geschäft nur zu den Konditionen des Verwenders oder gar nicht abzuschließen kann.<sup>1008</sup> Der BGH hat bislang nur in Bezug auf § 309 BGB entschieden, dass die Unverein-

---

<sup>1004</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 18; Greger/v.Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, § 17, Rn. 463.

<sup>1005</sup> Fischer, in: Handbuch Mediation, § 25, Rn. 44; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323; LG Frankfurt a.M., Urteil vom 7.5.2014 – 2-06 O 271/13: Das LG hatte über mehrere Klauseln einer Allgemeinen Versicherungsbedingung einer Rechtsschutzversicherung zu entscheiden, die eine Kostenübernahme für einen vom Versicherer selbst ausgewählten Mediator vorsahen. Das LG Frankfurt sah hierin einen Verstoß gegen § 2 I MediationsG i.V.m. § 307 Abs.2 Nr.1 BGB (i.V.m. § 4 Nr.11 UWG bzw. § 1 UKlaG). Vor Inkrafttreten gesetzlicher Regelungen zur Mediation wurde teilweise auf eine Prüfung des § 307 Abs.2 Nr.1 BGB verzichtet mit dem Verweis, diese helfe mangels einer gesetzlichen Regelung von Mediationsvereinbarungen nicht weiter, Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 18.

<sup>1006</sup> Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 310, Rn. 7.

<sup>1007</sup> BGH NJW 2007, 3774, 3775.

<sup>1008</sup> Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 310, Rn. 8.

barkeit einer Klausel mit § 309 BGB als Indiz dafür angesehen werden könne, dass die betreffende Regelung im kaufmännischen Verkehr zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners gemäß § 307 führe.<sup>1009</sup> Wenn die besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs eine andere Wertung erfordern, entfällt eine Indizwirkung.<sup>1010</sup>

Sind einzelne Abreden der Mediationsklauseln unwirksam, gilt auch im unternehmerischen Rechtsverkehr grundsätzlich das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, wonach eine Beschränkung des Klauselinhalts auf das gerade noch zulässige Maß unzulässig ist.<sup>1011</sup> Das führt jedoch nur dann zur Unwirksamkeit der Mediationsklausel insgesamt, wenn die Mediationsklausel nur mit dem unwirksamen Teil einen Sinn ergibt. Der BGH vertritt die Auffassung, dass Klauseln wirksam bleiben, wenn diese inhaltlich abtrennbar und aus sich heraus verständlich sind.<sup>1012</sup> Das widerum ist der Fall, wenn der unwirksame Teil gestrichen werden kann, ohne dass der Sinn des verbleibenden Teils entfällt, sog. „blue pencil-test“.<sup>1013</sup> Diese Grundsätze werden auch im Zusammenhang mit Schiedsklauseln angewendet<sup>1014</sup> und gelten auch für Mediationsklauseln. Entsprechend muss bei Unwirksamkeit einzelner Abreden geprüft werden, ob der Sinn der Mediationsklausel erhalten bleibt. Ist einer der Kernbestandteile, d.h. die Abrede über die Durchführung des Mediationsverfahrens sowie der Klageverzicht unwirksam, ist grundsätzlich von einer Unwirksamkeit der Klausel im Ganzen auszugehen. Anders ist es vorbehaltlich der Umstände des Einzelfalles bei ergänzenden Absprachen, beispielsweise zur Einleitung des Verfahrens. Insbesondere Inhalte, die bei einer Unwirksamkeit auch durch das Mediationsgesetz abgedeckt wären (weil dessen Regelungen bei Unwirksamkeit greifen), führen nicht zu einer Unwirksamkeit der Klausel im Ganzen.

#### **b) Anforderungen des Transparenzgebots, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB**

Für alle Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen gilt das **Transparenzgebot** gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Wegen § 307 Abs. 3 S. 2 BGB gilt das Transparenzgebot auch für die von der Inhaltskontrolle nach § 305 Abs. 1, 2 BGB nicht erfassten deklaratorischen Klauseln. Deklaratorische Klauseln werden aber nur selten an der Transparenzkontrolle scheitern, da die –

---

<sup>1009</sup> BGH NJW 2007, 3774, 3775.

<sup>1010</sup> Zur Verschiebung von der Unangemessenheits- zu einer Angemessenheitskontrolle Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 307, Rn. 9.

<sup>1011</sup> St. Rspr. seit BGHZ 84, 109, 114 ff.; BGHZ 96, 18, 25; BGH, NJW 1993, 1786, 1787.

<sup>1012</sup> BGH, NJW 1993, 1786, 1787.

<sup>1013</sup> Basedow, MÜKoBGB, Bd.2, § 306, Rn. 18.

<sup>1014</sup> Hanefeld/Wittinghofer, SchiedsVZ 2005, S. 217, 228 f.

neben der Intransparenz – zusätzlich erforderliche unangemessene Benachteiligung wegen der bloß wiederholten gesetzlichen Wertung selten sein dürfte.<sup>1015</sup>

Eine Mediationsklausel kann demnach im Ganzen unwirksam sein, wenn sie nicht klar und verständlich formuliert ist.<sup>1016</sup> Das gilt auch gegenüber Unternehmern.<sup>1017</sup> Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz einer Vertragsklausel auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.<sup>1018</sup> Zum Transparenzgebot existiert eine reichhaltige Bandbreite verschiedener Ansatzpunkte in Literatur und Rechtsprechung. Zur Orientierung können verschiedene Fallgruppen zur Intransparenz herangezogen werden, die die Rechtsprechung entwickelt hat.<sup>1019</sup> Ein wesentliches Ziel des Transparenzgebotes ist nach Ansicht des BGH, Einschränkungen der Entschließungsfreiheit des Vertragspartners beim Abschluss des Vertrages zu vermeiden.<sup>1020</sup> Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen müssen deshalb übersichtlich gestaltet sein, insbesondere dürfen sie nachteilige Inhalte nicht verstecken und müssen die Regelungen zusammenhängend präsentieren. Auch sollten die Formulierungen nachvollziehbar sein, das heißt ein aufmerksamer Leser muss sie sich erschließen können.<sup>1021</sup> Darüber hinaus muss der Verwender die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darstellen.<sup>1022</sup> Dem Durchschnittsadressaten darf die ihn benachteiligende Wirkung einer Klausel nicht erst nach intensiver Beschäftigung oder auf Grund ergänzender Auskünfte deutlich werden.<sup>1023</sup> Auch darf die Darstellung nicht irreführend sein oder die Rechtslage verschleiern.<sup>1024</sup> Grundsätzlich stellt das Transparenzgebot gegenüber Unternehmern geringere Anforderungen als gegenüber Verbrauchern auf, da unternehmerisch tätigen Vertragspartnern mehr Erfahrung und bessere Erkenntnismöglichkeiten haben.<sup>1025</sup>

---

<sup>1015</sup> Andreas Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 307, Rn. 76.

<sup>1016</sup> In der Literatur ist trotz des insoweit eindeutigen Wortlauts der Vorschrift umstritten, ob eine inhaltlich an sich nicht zu beanstandende Klausel allein wegen ihrer Intransparenz den Kunden unangemessen benachteiligen kann, dazu ausführlich Coester, in: Staudinger, Buch 2, § 307, Rn. 174; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 BGB, Rn. 330 ff.; Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 307, Rn. 55.

<sup>1017</sup> BGH NJW 2016, 401, Rn. 22; BGH NJW 2014, 3722 Rn. 25.

<sup>1018</sup> BGH NJW 2016, 401, Rn. 22; BGH, NJW-RR 2011, 1144.

<sup>1019</sup> Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 307, Rn. 57, weder abschließend noch überschneidungsfrei oder widerspruchsfrei dies habe schon zum Schlagwort von der „Intransparenz der Transparenzrechtsprechung“ geführt verweist auf, ähnlich auch OLG Bremen NJW 1991, 1837, 1838.

<sup>1020</sup> BGH NJW 2005, 3559, 3565.

<sup>1021</sup> Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 307, Rn. 58.

<sup>1022</sup> BGH, NJW 1998, 3114, 3116; BGH NJW 2011, 1801, 1802; BGH NJW 2004, 1598, 1600.

<sup>1023</sup> BGH NJW 1990, 2383, 2384; NJW-RR 2015, 618, 620.

<sup>1024</sup> BGHZ 145, 203, 220 f.; BGH WM 2006, 53, 55; Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 307, Rn. 61.

<sup>1025</sup> Schmidt, in: BeckOK BGB, § 307, Rn. 48; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 307, Rn. 27.

Auch der Verweis in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf eine Verfahrensordnung muss den Anforderungen des Transparenzgebots genügen. Nach einer stark kritisierten instanzgerichtlichen Entscheidung soll eine Mediationsklausel schon dann intransparent und damit unwirksam sein, wenn auf eine im Internet zu findende Verfahrensordnung Bezug genommen wird: Der Verweis auf den Internetauftritt mache die Mediationsklausel für den Gegner undurchschaubar, da sich nicht einmal elementare Verfahrensregeln (Kostentragung, Dauer, Zeitpunkt der Durchführung etc.) aus der Rahmenvereinbarung ergäben. Insgesamt sei der Verweis auf die Verfahrensordnung so vage, dass berechtigten Verständnisinteressen des Klauselgegners nicht einmal ansatzweise entsprochen werde.<sup>1026</sup> Zu recht wird an der Entscheidung kritisiert, dass diese eine seit Jahren erprobte Vertragspraxis ignoriere, bei der millionenfach Verträge abgeschlossen würden, deren Vertragsbedingungen ausschließlich im Internet zu finden seien.<sup>1027</sup> Bei Schiedsvereinbarungen sei seit jeher üblich, dass allein die Verpflichtung zur Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens in den Hauptvertrag aufgenommen und bezüglich der Durchführung auf die Regeln einer Schiedsorganisation verwiesen werde, die darüber hinaus früher noch per Post hätten angefordert werden müssen.<sup>1028</sup> Überzeugend ist auch das Argument, dass sich das Transparenzgebot auf den Inhalt des jeweiligen Klauselwerks beziehe und nicht auf die Art des Datenträgers, auf dem es gespeichert sei.<sup>1029</sup> Außerdem sei die Konsequenz absurd, dass die Vertragsparteien alle Verfahrensregeln in ihren Vertrag integrieren müssten.<sup>1030</sup> Diese Überlegungen gelten erst recht auch für Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen, da diese den Rechtsweg nicht dauerhaft ausschließen und damit die Rechte der Vertragsparteien weniger einschneiden als Schiedsklauseln. In der mediationsrechtlichen Literatur wird daher zu recht vertreten, dass der Verweis auf eine Verfahrensordnung nicht gegen das Transparenzgebot verstoße, wenn der Vertragspartner die Möglichkeit der Kenntnisnahme habe<sup>1031</sup>, z.B. durch Verweis auf eine Internetfundstelle.<sup>1032</sup> Ein Verweis auf eine Internetfundstelle schafft gegenüber der aufwändigeren Anforderung per

---

<sup>1026</sup> LG Heilbronn, Urteil vom 10.09.2010 – 4 O 259/09, BeckRS 2011, 10902.

<sup>1027</sup> Wagner, Anmerkungen zu LG Heilbronn, Urteil vom 10.9.2010 – 4 O 259/09, ZKM 2011, 30.

<sup>1028</sup> Wagner, Anmerkungen zu LG Heilbronn, Urteil vom 10.9.2010 – 4 O 259/09, ZKM 2011, 30 f.

<sup>1029</sup> Wagner, Anmerkungen zu LG Heilbronn, Urteil vom 10.9.2010 – 4 O 259/09, ZKM 2011, 30.

<sup>1030</sup> Wagner, Anmerkungen zu LG Heilbronn, Urteil vom 10.9.2010 – 4 O 259/09, ZKM 2011, 31.

<sup>1031</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn.187; Ohne weitere Begründung Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz S. 74; Fischer, in: Handbuch Mediation, § 25, Rn. 44; Wagner, Anmerkungen zu LG Heilbronn, Urteil vom 10.9.2010 – 4 O 259/09, ZKM 2011, S. 30 f.

<sup>1032</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323.

Post einen schnelleren und vereinfachten Zugang zu Verfahrensordnungen und erleichtert damit grundsätzlich die Kenntnisnahme. Allerdings sollte sich aus dem Verweis ergeben, auf welche Verfahrensordnung genau verwiesen wird. Ein entsprechend unklarer Verweis in Schiedsvereinbarungen auf eine im Internet verfügbare Verfahrensordnung ist für unwirksam erklärt worden, jedoch nur mit der Folge, dass die Verfahrensordnung nicht einbezogen wurde – die Schiedsvereinbarung als solche erklärte das Gericht für wirksam.<sup>1033</sup>

Vertreten wird bisweilen, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dynamische Verweisungen auf Verfahrensordnungen bedenklich und statische Verweisungen vorzuziehen seien.<sup>1034</sup> Das kann jedenfalls gegenüber Unternehmern nicht gelten. Ein fehlender Verweis auf eine Verfahrensordnung stellt keinen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar. Es reicht aus, wenn zu Beginn des Mediationsverfahrens Verfahrensregeln getroffen werden.<sup>1035</sup>

### **c) Formularmäßiger Klageverzicht in Unternehmensverträgen?**

Die Vereinbarung eines obligatorischen Klageverzichts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unter mehreren rechtlichen Gesichtspunkten problematisch. Besonders drängend ist die Frage, ob § 309 Nr. 14 BGB im Rahmen des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB auch gegenüber Unternehmern eine Indizwirkung entfaltet. Seit Einführung des § 309 Nr. 14 BGB im Jahr 2016<sup>1036</sup> ist ein Ausschluss der Klagbarkeit gegenüber Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig. Vereinzelt weisen Anbieter auf ihrer Internetseite darauf hin.<sup>1037</sup> Damit kann gegenüber Verbrauchern auch ein vorübergehender Klageverzicht nicht mehr wirksam vereinbart werden.<sup>1038</sup>

§ 310 Abs. 1 S. 2 BGB stellt klar, dass auch Klauseln in kaufmännischen Verträgen nach § 307 BGB unwirksam sein können, wenn diese gemäß §§ 308 und 309 auch gegenüber Verbrauchern unzulässig wären. Der Gesetzgeber wollte damit verhindern, dass aus § 310 Abs. 1 S. 1 BGB gefolgert wird, dass gegenüber Verbrauchern verwendete Klauseln, die nach §§ 308 und 309 unwirksam sind, bei einer Verwendung gegenüber Unternehmern stets wirksam sind.<sup>1039</sup> Eine Klausel, die gemäß §§ 308 und 309 im Verkehr mit Verbrauchern stets unzulässig ist, kann

---

<sup>1033</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.5.2009 – 14 Sch 4/09 Rn. 17, NJW-RR 2010, 788.

<sup>1034</sup> Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6, Rn. 77.

<sup>1035</sup> LG Köln, Urteil vom 18.04.2013 – 27 O 576/12, Rn. 42.

<sup>1036</sup> BGBl. 2016 I 254.

<sup>1037</sup> Zum Beispiel das Eucon-Institut.

<sup>1038</sup> Diese aus „übertriebener Fürsorge“ geschaffene Regelung wirke häufig zulasten des Verbrauchers, da dieser den Unternehmer kaum zu einer nachträglichen Mediationsvereinbarung bringen wird und daher zur Klageerhebung gezwungen wird, Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 182.

<sup>1039</sup> Vgl. BT-Drs. 7/3919 S. 43 ff.; BT-Drs. 7/5422 S. 14.

daher auf Grund einer „Parallelwertung in der Unternehmersphäre“ auch gegenüber Unternehmern gemäß § 307 unwirksam sein.<sup>1040</sup> Das gilt nicht, wenn die besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs eine andere Wertung erfordern.<sup>1041</sup>

Entfalten diese Wertungen gegenüber Unternehmern innerhalb der Prüfung der Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB Indizwirkungen, hätte das gravierende Auswirkungen, da ein wesentlicher Inhalt von Mediationsklauseln wegfällt, der zum Erfolg des Mediationsverfahrens und zur Durchsetzung der durch sie begründeten Vertragspflichten beiträgt.

Ein großer Teil der Literatur verneint eine Indizwirkung des § 309 Nr. 14 BGB für Unternehmerverträge und hält einen dilatorischen Klageverzicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Unternehmern für zulässig.<sup>1042</sup> Nur vereinzelt wird vertreten, dass derartige Klauseln auch gegenüber Unternehmern grundsätzlich unangemessen seien, selbst, wenn das Verfahren angemessen ausgestaltet sei.<sup>1043</sup> Etwas anderes soll aber auch nach dieser restriktiven Ansicht gelten, wenn die Gepflogenheiten der Branche oder der Vertragstyp die Annahme rechtfertigen, dass ein vorgeschaltetes außergerichtliches Verfahren im Interesse beider Parteien liege und sich deshalb der Vertragspartner des Verwenders vernünftigerweise auch auf eine individualvertragliche Regelung eingelassen hätte.<sup>1044</sup>

Für eine Indizwirkung ist erforderlich, dass die Wertungen des § 309 Nr. 14 BGB auf Unternehmer übertragbar sind.<sup>1045</sup> Davon ist jedoch nicht auszugehen. Überzeugend ist insbesondere das Argument, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 309 Nr. 14 BGB den schutzbedürftigen Verbraucher im Blick gehabt habe, der sich anders als der Unternehmer in der Regel nicht gegen einen Missbrauch des ADR-Verfahrens wehren könne.<sup>1046</sup> § 309 Nr. 14 BGB solle Verbraucher davor schützen, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen in eine „Schlichtungsfalle“ gedrängt zu werden.<sup>1047</sup> Dem Verbraucher solle ein unbeschränktes Wahlrecht zwischen

---

<sup>1040</sup> Basedow, in: MüKoBGB, Bd.2, § 310, Rn. 7; Greger, SchiedsVZ 2016, S. 306.

<sup>1041</sup> Zur Verschiebung von der Unangemessenheits- zu einer Angemessenheitskontrolle Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 307, Rn. 9.

<sup>1042</sup> Greger, SchiedsVZ 2016, S. 306; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 33; Becker, in: BeckOK BGB, § 309 Nr. 14, Rn. 15; Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Anhang § 310, Klauseln (S), S 57; vorsichtiger Gössl NJW 2016, 838, 839; Weiler, in: BeckOGK BGB, § 309 Nr. 14, Rn. 30.

<sup>1043</sup> Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, BGB, § 309 Nr. 14, Rn. 18.

<sup>1044</sup> Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, BGB, § 309 Nr. 14, Rn. 18: Zum Beispiel in der Baubranche, komplexe Werkverträge, auf längere Zeit angelegt Dauerschuldverhältnisse, z.B. Vertragshändler-, Handelsvertreter-, und Franchiseverträge, Gewerberaummietverträge oder Rahmenlieferverträge. In diese Fällen sei eine außergerichtliche Einigung typischerweise erwünschter als ein Rechtsstreit.

<sup>1045</sup> BGH NJW 2007, 3774, 3775; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 33.

<sup>1046</sup> Greger, SchiedsVZ 2016, S. 306.

<sup>1047</sup> Eidenmüller/Engel, ZIP 2013, S. 1704, 1709.



außergerichtlicher und gerichtlicher Streitbeilegung verbleiben, er solle nicht „durch die Notwendigkeit der erneuten Geltendmachung von der Beschreitung des Rechtswegs abgehalten“ werden. Damit habe der Gesetzgeber auch etwaigem Missbrauch, etwa durch verfahrensverzögerndes Vorschalten eines erfolglosen Streitbeilegungsverfahrens, vorbeugen wollen.<sup>1048</sup> Insofern ist auch der Schlussfolgerung zuzustimmen, dass der Gesetzgeber durch § 309 Nr. 14 der Schlichtung oder der Mediation kein generelles Misstrauen entgegenbringt, sondern die Absicherung der Regelungen des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes bezweckt, das ausschließlich dem Verbraucherschutz dient.<sup>1049</sup>

Bei der Frage nach der Übertragbarkeit von verbraucherrechtlichen AGB-Vorschriften sind zudem die Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs zu berücksichtigen.<sup>1050</sup> Gegen eine Übertragbarkeit von § 309 Nr. 14 BGB wird überzeugendweise angebracht, dass ADR-Klauseln im Handelsverkehr durchaus üblich seien. Ihnen plötzlich die Wirksamkeit zu versagen, wäre ein Rückschritt und eine schwere Beeinträchtigung adäquater Konfliktbehandlung im Wirtschaftsleben.<sup>1051</sup> Zulässig sind insbesondere Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die dem Adressaten die Wahl zwischen Klageerhebung und Mediationsverfahren lassen. Solche optionalen Klauseln sind schon gegenüber Verbrauchern zulässig, insoweit dürfen gegenüber Unternehmern keine strengeren Maßstäbe gelten.<sup>1052</sup>

Dass § 309 Nr. 14 BGB keine Indizwirkung gegenüber Unternehmern entfaltet, schließt jedoch nicht aus, dass ein Klageverzicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Unternehmern nach § 307 BGB unwirksam ist.

Unabhängig von § 309 Nr. 14 BGB wird nur vereinzelt vertreten, dass die vorübergehende Beschränkung des Rechtsschutzes generell eine Benachteiligungstendenz habe, die nur durch ein berechtigtes Interesse des Verwenders ausgeglichen werden könne. Ein solches berechtigtes Interesse bestehe nur, wenn die Mediation besonders erfolgversprechend sei<sup>1053</sup> oder wenn die Mediation besonders große Vorteile biete, beispielsweise wenn stabile persönliche

---

<sup>1048</sup> Im ursprünglichen Gesetzesentwurf war die Regelung noch nicht enthalten und wurde erst durch den Rechtsausschuss eingefügt, siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs.18/6904, S. 74.

<sup>1049</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 33.

<sup>1050</sup> Greger, SchiedsVZ 2016, S. 306.

<sup>1051</sup> Greger, SchiedsVZ 2016, 306, 307.

<sup>1052</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 37 f.: Insoweit können im unternehmerischen Verkehr selbstredend keine strengeren Maßstäbe gelten, als sie das VSBG für Verbraucher begründet; für eine Zulässigkeit von fakultativen Klauseln auch Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 59.

<sup>1053</sup> Zum Beispiel, wenn sie im Anschluss an ein schiedsgutachterliches Verfahren durchgeführt werde, das die wesentliche Streitfrage zwischen den Parteien bereits verbindlich geklärt habe.

Beziehungen besonders relevant für die rechtlichen Beziehungen der Parteien zueinander seien<sup>1054</sup>.

Ganz überwiegend wird die Vereinbarung eines Klageverzichts in der Literatur nicht als unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 BGB eingestuft.<sup>1055</sup> Ein überzeugendes Argument ist die Zulässigkeit der Verwendung von Schiedsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 1031 Abs. 3 ZPO.<sup>1056</sup> Wenn schon Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet werden können, die anders als Mediationsklauseln den staatlichen Rechtsweg nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft ausschließen und daher in ihrer Wirkung für den Vertragspartner deutlich einschneidender sind, muss das auch für die milderen Mediationsklauseln gelten.<sup>1057</sup> Hierfür spricht auch die großzügige Rechtsprechung des BGH bei der Zulässigkeit von Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>1058</sup> Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegte Schiedsvereinbarung stellt demnach keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners dar.<sup>1059</sup>

Auch bei einem Klageverzicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt aber, dass die Ausgestaltung im konkreten Fall trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit eine unangemessene Benachteiligung darstellen kann. Insoweit gelten die bereits zu den rechtstaatlichen Mindestanforderungen<sup>1060</sup> und der Disponibilität des Streitgegenstands gemachten Ausführungen für die Gestaltung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen besonders, da hier der Schuldnerschutz im Vordergrund steht. In der Literatur sind verschiedene Ansätze zu finden, wann ein Klageverzicht unangemessen sein soll.

---

<sup>1054</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 42.

<sup>1055</sup> Behme, AnwBl. 2017, S. 16, 18; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 184; Wagner in Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 50 f.; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 35; Mediationsklauseln verstoßen schon wegen des gemeinsamen Interesses an einer raschen Streitbeilegung generell nicht gegen § 307 BGB: Grüneberg, in: Palandt, § 307, Rn. 129; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S.16 ff.

<sup>1056</sup> Diese Möglichkeit ist allerdings wegen § 1031 Abs. 5 ZPO auf gewerbliche Geschäfte beschränkt, dazu Hacke, ADR-Vertrag, S. 123; Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO, § 1031, Rn. 15.

<sup>1057</sup> Ebenso Hacke, ADR-Vertrag, S. 123.

<sup>1058</sup> So auch Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 50, verweist auf BGHZ 115, 329, 332ff.; BGHZ 162, 9, 18; für Schlichtungsklauseln Wurmnest, in: MÜKo, Bd.2, § 307, Rn. 252; siehe auch BGH: Bestand der Schiedsvereinbarung im Bauträgervertrag trotz unwirksamer Schiedsrichter Klausel, NJW-RR 2007, 1466; BGH NJW 2005, 1125, 1126.

<sup>1059</sup> BGH NJW-RR 2007, 1466; BGH NJW 2005, 1125, 1126.

<sup>1060</sup> Zum Beispiel die faire Ausgestaltung des Verfahrens: Becker, in: BeckOK BGB, § 309 Nr. 14, Rn. 16.

Auch im Hinblick auf § 307 Abs. 1 S. 1 BGB werden sehr knappe Klauseln mit Klageverzicht als problematisch beurteilt, die nicht regeln, ab welchem Zeitpunkt der Klageverzicht seine Wirkung verliert, die zu lange Bindungsfristen oder einseitige Verfahrensregelungen vorsehen.<sup>1061</sup> Unwirksam seien aber Klauseln, wenn nur eine kurze Ausschlussfrist für eine Klageerhebung besteht, wie das bei Kündigungsschutzklagen nach § 4 KschG der Fall sei und eine vorsorgliche Inanspruchnahme staatlichen Rechtsschutzes dennoch ausgeschlossen wird.<sup>1062</sup> Die Mediationsklausel müsse darüber hinaus klarstellen, dass der Klageverzicht nicht für die Wahrung von prozessualen Ausschlussfristen gilt. Andernfalls gelte auch in diesem Fall nach § 305c Abs. 2 BGB die adressatenfeindlichste Auslegung mit der Folge der Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>1063</sup> Unangemessen soll ein Klageverzicht auch dann sein, wenn er den Vertragspartner von der Durchsetzung seiner Rechte abhält, beispielsweise, wenn aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Mediationsverfahrens zu erwarten ist, dass dessen Durchführung wirtschaftlich unvernünftig wäre.<sup>1064</sup> Ebenso ist der Klageverzicht unzulässig, wenn durch ihn das einseitige Kündigungsrecht aus § 2 Abs. 5 MediationsG aufgehoben oder für unangemessen lange Zeit eingeschränkt wird.<sup>1065</sup> Unzulässig nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB soll ein Klageverzicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen weiter sein, wenn er Streitigkeiten aus einem anderen Rechtsverhältnis als dem Hauptvertrag zwischen den Parteien erfasst.<sup>1066</sup> Diese Ansichten in der Literatur können in dieser Allgemeinheit nicht überzeugen. Sie können allenfalls ein Indiz für eine unangemessene Benachteiligung darstellen. Insofern ist *Tochtermann* darin zuzustimmen, dass nur eine umfassende Gesamtabwägung, in der die Interessen beider Parteien, die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise und die sich aus der Rechtsordnung ergebenden Wertungsgesichtspunkte einzubeziehen sind, eine angemessene Bewertung ermöglichen.<sup>1067</sup> Der Klageverzicht als zivilverfahrensbezogene Regelung muss aber in jedem Fall nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB klar und verständlich formuliert sein.<sup>1068</sup> Angesichts der vielfältigen Möglich-

---

<sup>1061</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 44.

<sup>1062</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 50.

<sup>1063</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 49.

<sup>1064</sup> Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323; Greger/v.Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, § 13, Rn. 463; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 44.

<sup>1065</sup> Unberath NJW 2011, 1320, 1323; Becker, in: BeckOK BGB, § 309 Nr. 14, Rn. 16.

<sup>1066</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 51.

<sup>1067</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 58.

<sup>1068</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 45; Becker, in: BeckOK BGB, § 309 Nr. 14, Rn. 16.

keiten der alternativen Streitbeilegung und der sich stark voneinander unterscheidenden Verfahren wird in der Literatur immer wieder darauf hingewiesen, dass aus der Klausel deutlich werden müsse, welches Verfahren zur alternativen Streitbeilegung vereinbart worden sei.<sup>1069</sup> Dem ist zuzustimmen, weil sich die verschiedenen Streitbeilegungsverfahren in ihren Rechtswirkungen stark voneinander unterscheiden. Insbesondere darf die Klausel nicht nahelegen, dass der Mediator den Streit entscheide und ein weiterer Rechtsweg nicht eröffnet sei.<sup>1070</sup> Auch darf nicht der Eindruck erweckt werden, der Rechtsweg sei endgültig ausgeschlossen.<sup>1071</sup> Richtig ist insofern die Auffassung, dass ein Klageverzicht nicht begründet wird, wenn aus der Klausel nicht deutlich wird, ob sie einen dilatorischen Klageverzicht begründet.<sup>1072</sup> Als generell unzulässig sind auch peremptorische Klageverzichtsklauseln zu bewerten.<sup>1073</sup>

Bei den meisten Mediationsklauseln, insbesondere den Musterklauseln der institutionellen Anbieter, sind die oben genannten Anforderungen in der Regel unproblematisch. Problematisch sind aber Klauseln mit mehrdeutigen Formulierungen. In der Literatur wird als Beispiel die Vereinbarung eines „Schlichterspruchs“ genannt, weil das sowohl als Schiedsvereinbarung als auch als Schiedsgutachtenvereinbarung ausgelegt werden könne. Auch Musterklauseln, die Begrifflichkeiten des Mediations- und des Schlichtungsverfahrens vermischen, sind vor diesem Hintergrund problematisch.<sup>1074</sup>

Zu weit geht die Forderung, dass sich auch der Verfahrensablauf aus der Klausel ergeben müsse.<sup>1075</sup> Das sprengt den Rahmen von Mediationsklausel und ist seit Bestehen des Mediationsgesetzes auch nicht mehr nötig. Dieses regelt wesentliche Verfahrenskriterien bzw. beschränkt sich auf die Feststellung der Strukturiertheit des Mediationsverfahrens. Wenn das Mediationsgesetz auf weitere Konkretisierungen verzichtet, muss eine Mediationsklausel nicht zwingend den Verfahrensablauf beschreiben.

---

<sup>1069</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 340.

<sup>1070</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 58; zustimmend Töben, RNotZ 2013, S. 321, 340.

<sup>1071</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 38; ähnlich Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Anhang § 310, Klauseln (S), S 57.

<sup>1072</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 26 mw.N.

<sup>1073</sup> Becker, in: BeckOK BGB, § 309 Nr. 14, Rn. 15; Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Anhang § 310, Klauseln (S), S 57; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, BGB, § 309 Nr. 14, Rn. 18: da Freiwilligkeit als Wesensmerkmal des Verfahrens anzusehen sei.

<sup>1074</sup> Zum Beispiel die „Schlichtungsklausel“ des BMEV, durch die sich die Parteien verpflichten, „ein Schlichtungsverfahren mit dem Ziel durchzuführen, eine interessengerechte und faire Vereinbarung im Wege einer Mediation [...] zu erarbeiten.“

<sup>1075</sup> Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31.

### III. Inhaltliche Schranken des Mediationsgesetzes

In den letzten Jahren sind auf europäischer und nationaler Ebene zunehmend Regelungen zur Mediation und alternativen Streitbeilegung erlassen worden. Der 2004 verabschiedete Europäische Verhaltenskodex für Mediatoren enthielt lediglich nicht verbindliche Richtlinien und Prinzipien, denen sich Mediatoren und Mediationsverbände freiwillig unterwerfen konnten.<sup>1076</sup> Mit Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes<sup>1077</sup> im Jahr 2012 wurde die Mediation nach jahrelangen parlamentarischen Verhandlungen<sup>1078</sup> zur Umsetzung der Mediationsrichtlinie aus dem Jahr 2008<sup>1079</sup> erstmals gesetzlich auf nationaler Ebene geregelt. Das Kernstück des Mediationsförderungsgesetzes ist das Mediationsgesetz, das erstmals gesetzliche Maßstäbe für die Mediation in Deutschland setzte. Darüber hinaus wurden mit dem Mediationsförderungsgesetz Änderungen an der Zivilprozessordnung sowie fachgerichtlichen Verfahrensordnungen vorgenommen, durch die das Mediationsverfahren in staatliche Gerichtsverfahren prozessual integriert wurde.<sup>1080</sup> Mit der ADR-Richtlinie<sup>1081</sup> und der ODR-Verordnung<sup>1082</sup> sind 2013 darüber hinaus zwei insbesondere im Hinblick auf die alternative Konfliktbeilegung in Verbrauchersachen wesentliche Rechtsakte erlassen worden, die im Jahr 2016 durch das „Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten“ umgesetzt worden sind<sup>1083</sup>. Zugleich trat auch das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) in Kraft. Die Bedeutung dieses „Mediationsrechts“ für die rechtliche Beurteilung von Mediationsklauseln liegt nicht ohne Weiteres auf der Hand. Weder die verbraucherorientierten Regelungen des VSBG noch die (zivil)prozessualen Bestimmungen zur Mediation stellen rechtliche Anforderungen für Mediationsklauseln auf. Die Mediations-

---

<sup>1076</sup> Die deutsche Übersetzung ist im Internet z.B. unter [www.bmev.de](http://www.bmev.de) abrufbar.

<sup>1077</sup> BGBl. I, S. 1577.

<sup>1078</sup> Ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren Pielsticker, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, Einleitung, Rn. 60 ff.

<sup>1079</sup> RL 2008/52/EG.

<sup>1080</sup> Zum Beispiel § 278a Abs. 1 ZPO: Das Gericht kann den Parteien während eines laufenden gerichtlichen Verfahrens eine Mediation vorschlagen. Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung der Mediation ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an. Diese Möglichkeit besteht auch nach § 36a Abs. 1 FamFG, § 54a Abs. 1 ArbGG, § 202 S. 1 SGG, § 173 S. 1 VwGO.

<sup>1081</sup> Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten: ABl. EU 2013 Nr. L 165 S. 63 vom 21.5.2013.

<sup>1082</sup> Verordnung (EU) Nr. 524/2013 über die Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten vom 21.5.2013, ABl. EU 2013 Nr. L 165 S. 1.

<sup>1083</sup> BGBl. 2016 Teil I Nr. 9, verkündet am 25.2.2016.

richtlinie selbst entfaltet aufgrund der erfolgten Umsetzung ins nationale Recht durch das Mediationsgesetz allenfalls mittelbar durch die entsprechenden europarechtlichen Wertungen Einfluss. Selbst das Mediationsgesetz trifft keine konkreten Regelungen zu Mediationsvereinbarungen, sondern setzt eine solche Absprache bereits voraus.<sup>1084</sup> Auch formelle Anforderungen an den Vertragsschluss stellt das Mediationsgesetz somit nicht, hier bleibt nur das Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Bewertungsmaßstab. Das Mediationsgesetz hat aber eine inhaltlich ergänzende Funktion, wenn die Parteien keine Regelung treffen, eine konkrete Parteivereinbarung unwirksam ist<sup>1085</sup>, Unklarheiten im Hinblick auf die Formulierung der Parteivereinbarung bestehen oder eine Verfahrensordnung nicht wirksam einbezogen wurde<sup>1086</sup> (**Ergänzungsfunktion des Mediationsgesetzes**).

Auch setzt es inhaltliche Grenzen hinsichtlich der Ausgestaltung konkreter Regelungsinhalte und kann somit die vertragliche Dispositionsfreiheit der Parteien begrenzen (**Begrenzungsfunktion**). Die Vorschriften des Mediationsgesetzes sind dann der direkte Bewertungsmaßstab für die rechtliche Beurteilung konkreter Klauselinhalte. Als Spezialregelung verdrängt das Mediationsgesetz berufsrechtliche Regelungen<sup>1087</sup> oder Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs<sup>1088</sup>. Darüber hinaus fließen die Wertungen des Mediationsgesetzes in die AGB-Kontrolle einzelner Abreden über die in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB genannte Zweifelsregelung bei der Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung ein.<sup>1089</sup>

Konkret heißt das: Sobald sich eine Mediationsklausel oder Verfahrensordnung inhaltlich Vorschriften des Mediationsgesetzes abändert oder konkretisiert, ist zu überprüfen, ob das mit den Wertungen des Mediationsgesetzes übereinstimmt. Regelungen, die mit dem Mediationsgesetz übereinstimmen, sind in der Regel rechtlich unbedenklich. Das sind insbesondere

---

<sup>1084</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 3.

<sup>1085</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 2; Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 21; zur Lückenfüllung durch dispositive Vorschriften: Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 2.

<sup>1086</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 30; ähnlich insbesondere im Hinblick auf § 2 MediationsG: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 21.

<sup>1087</sup> BT-Drs. 17/5335, S. 14.

<sup>1088</sup> Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 4, Rn. 6.

<sup>1089</sup> Fischer, in: Handbuch Mediation, § 25, Rn. 44; Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323; siehe auch LG Frankfurt a.M., Urteil vom 7.5.2014 – 2-06 O 271/13, das Leitbilder des MediationsG im Zusammenhang mit § 307 Abs. 2 S.1 BGB prüfte: Das LG hatte über mehrere Klauseln einer Allgemeinen Versicherungsbedingung einer Rechtsschutzversicherung zu entscheiden, die eine Kostenübernahme für einen vom Versicherer selbst ausgewählten Mediator vorsahen. Das LG Frankfurt sah hierin einen Verstoß gegen § 2 I MediationsG i.V.m. § 307 Abs.2 Nr.1 BGB (i.V.m. § 4 Nr.11 UWG bzw. § 1 UKlaG). Vor Inkrafttreten gesetzlicher Regelungen zur Mediation wurde teilweise auf eine Prüfung des § 307 II Nr.1 BGB verzichtet mit dem Verweis, diese helfe mangels einer gesetzlichen Regelung von Mediationsvereinbarungen nicht weiter, Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 18.

Regelungen zur Rolle<sup>1090</sup> und Pflichten des Mediators, zum Beispiel die Leitung der Mediations-sitzungen, die Führung der Parteien durch das Verfahren, die Sorge für die Einhaltung der Regeln und die Förderung einer einvernehmlichen Regelung des Konflikts<sup>1091</sup>. In allen Verfahrensordnungen wird außerdem die Neutralität bzw. Allparteilichkeit<sup>1092</sup> sowie teilweise die (Weisungs-)Unabhängigkeit des Mediators hervorgehoben. In diesem Zusammenhang werden auch Aufklärungs- und Offenbarungspflichten<sup>1093</sup> und Tätigkeitsverbote des Mediators gegenüber den Parteien festgeschrieben: Der Mediator hat z.B. solche Umstände offenzulegen, aus denen sich Zweifel an seiner Unabhängigkeit und Neutralität ergeben können. Ebenso darf er nicht tätig werden, wenn er in derselben Sache vorher für eine Partei tätig geworden ist.<sup>1094</sup> Auch ein Verbot der Vorteilsnahme<sup>1095</sup> und für die Erteilung von Rechtsrat<sup>1096</sup> sind bisweilen vorgesehen.

Als Bewertungsmaßstäbe sind für Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen vor allem die Regelungen zu wesentlichen Verfahrensgrundsätzen (insbesondere die Freiwilligkeit), der Rolle und Pflichten des Mediators und Vertraulichkeitsregelungen relevant.

Abweichungen vom Mediationsgesetz sind nur zulässig, wenn die jeweilige Bestimmung der Parteidisposition unterliegt.<sup>1097</sup> Nur Verstöße gegen zwingende Bestimmungen des Mediationsgesetzes haben die Unwirksamkeit der Abrede zur Folge.<sup>1098</sup> Wie bei den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt auch für die Regelungen des Mediationsgesetzes der Grundsatz, dass diese dispositiv sind, solange nicht das Gegenteil vorgeschrieben ist. Aus dem Mediationsgesetz ergibt sich allerdings nicht direkt, welche Maßstäbe zwingend sind und welche durch Parteivereinbarung abgeändert werden können, sodass auf die einschlägige Kommentarliteratur zurückgegriffen werden muss.<sup>1099</sup>

---

<sup>1090</sup> Abs.5 DGMW- Klausel Langfassung; Art.7 Abs.3 ICC-Mediations-Regeln.

<sup>1091</sup> 3.a. Mediationsordnung BMEV; § 2 Abs.1 S.2,3 Verfahrensordnung Mediation BMWA ; § 3 3.,4. Mediationsordnung DGMW.

<sup>1092</sup> § 3 Punkt 3.2 Dis- Mediationsordnung; § 6, § 7 Abs.2 EUCON-Mediationsordnung; § 2 Abs.2 Verfahrensordnung Mediation BMWA ; 4.Mediationsordnung BMEV; „fair und unparteiisch“ Art.7 Mediationsregeln der ICC; § 7 DGMW- Mediationsordnung.

<sup>1093</sup> § 6 Abs.1 EUCON-Mediationsordnung; § 3 Punkt 3.2 Dis- Mediationsordnung; § 2 Abs.3 S.2,3 Verfahrensordnung Mediation BMWA.

<sup>1094</sup> § 6 Abs.2 EUCON-Mediationsordnung; § 3 Punkt 3.3 Dis- Mediationsordnung; § 2 Abs.3 Verfahrensordnung Verfahrensordnung Mediation BMWA.

<sup>1095</sup> § 6 EUCON-Mediationsordnung; § 3 Dis- Mediationsordnung; 4.Mediationsordnung BMEV.

<sup>1096</sup> § 2 Abs.4 Verfahrensordnung Mediation BMWA.

<sup>1097</sup> Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 4, Rn. 6; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 63.

<sup>1098</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 63.

<sup>1099</sup> Zur Abweichung vom Mediationsgesetz in besonderen Fällen siehe die Ausführungen in Teil 4, IV.

Innerhalb seiner Dispositionsmöglichkeiten belässt das Mediationsgesetz viel Raum zur Gestaltung: Die Parteien können über die dispositiven Vorschriften des Mediationsgesetzes hinausgehende Regelungen treffen, das Mediationsgesetz modifizieren oder von diesem komplett abweichen.<sup>1100</sup> Vertragliche Vereinbarungen gehen dann dem Mediationsgesetz vor.<sup>1101</sup> Die Frage der Abänderbarkeit einzelner Vorgaben des Mediationsgesetzes ist von der Frage zu unterscheiden, ob bestimmte Vorgaben konstitutiv oder disponibel für das Vorliegen einer Mediation im Sinn des Mediationsgesetzes sind. Nicht alle in § 1 MediationsG genannten Merkmale müssen erfüllt sein, um von einer Mediation im Gesetzessinne und damit Anwendbarkeit des MediationsG auszugehen. In der mediationsrechtlichen Literatur wird diese Unterscheidung häufiger erörtert, für die rechtliche Beurteilung von Mediationsklauseln ist sie aber nicht von Bedeutung.

Keine Relevanz hat das Mediationsgesetz als Bewertungsmaßstab für die Absprachen, die vom Mediationsgesetz nicht geregelt wurden, wie z.B. Verjährungsregelungen, der Umgang mit rechtsschützenden Verfahren, Kostenregelungen. Mitunter ist erst nach genauerer Analyse der einschlägigen Kommentarliteratur eine Beurteilung möglich, welche Bereiche nicht geregelt sind. Das gilt zum Beispiel für Vertraulichkeitsvereinbarungen der Parteien untereinander.

#### **IV. Rechtliche Grenzen einzelner Regelungsgegenstände**

Wollen Vertragsparteien vorsorglich ein Mediationsverfahren vereinbaren oder will ein Unternehmen eine entsprechende Regelung in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen, stellt sich die Frage nach der angemessenen Ausgestaltung einer solchen Klausel. Einige Regelungsinhalte sind im Verlauf dieser Arbeit bereits vertieft worden. Dazu gehören der Kerninhalt von Mediationsklauseln (die Vereinbarung des Mediationsverfahrens und der Ausschluss der Klagbarkeit), Regelungen zur Verjährung oder zur Aufrechenbarkeit mit mediationsbefangenen Forderungen. Der folgende Abschnitt behandelt weitere in vielen Verfahrensordnungen übliche Regelungsinhalte. Dargestellt werden nur solche Regelungsgegenstände, für die das Mediationsgesetz keine oder nur unzureichende Regelungen enthält oder die vom Mediationsgesetz abweichen.

---

<sup>1100</sup> So ausdrücklich zu Abweichungen von § 2 MediationsG: Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 21.

<sup>1101</sup> Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 21.



Bei vom Mediationsgesetz abweichenden Regelungen ist aus Unternehmenssicht von besonderem Interesse, ob die entsprechenden Musterregelungen verlässliche und rechtlich unbedenkliche Lösungen bieten. Das betrifft insbesondere die in Verfahrensordnungen regelmäßig enthaltenen differenzierten Regelungen zur Vertraulichkeit, da der gesetzliche Vertraulichkeitsschutz durch das Mediationsgesetz begrenzt ist. Für Unternehmen ist deshalb von besonderer Bedeutung, welche vertraglichen Regelungen zur Vertraulichkeit sinnvoll und rechtlich zulässig sind. Desweiteren sind in vielen Verfahrensordnungen Regelungen zur Auswahl des Mediators enthalten, deren Zulässigkeit überprüft wird. Schließlich wird untersucht, ob eine in manchen Verfahrensordnungen zu findende Ermächtigung zu Lösungsvorschlägen seitens des Mediators zulässig ist und welchen rechtlichen Grenzen Regelungen zur Kostentragung unterliegen.

## 1. Absprachen zur Vertraulichkeit

Die Wahrung und Sicherung der Vertraulichkeit ist unabdingbar für die Durchführung und das Gelingen des Mediationsverfahrens. Nur in einer vertrauensvollen Atmosphäre öffnen sich die Parteien<sup>1102</sup>, was wiederum Voraussetzung ist, um gemeinsam eine interessengerechte Lösung zu entwickeln. Für eine vertrauensvolle Atmosphäre unabdingbar ist, dass während und innerhalb des Mediationsverfahrens ausgetauschte und erlangte Informationen nicht ohne Einwilligung der Konfliktparteien an Dritte weitergegeben werden. **Gesetzliche oder vertragliche Verschwiegenheitspflichten** sollen diese interne Vertraulichkeit<sup>1103</sup> absichern.

Für eine offene Kommunikation im Mediationsverfahren ist regelmäßig von Belang, dass die während des Mediationsverfahrens erlangten Informationen nicht außerhalb und nach dem Mediationsverfahren, insbesondere in einem späteren Gerichtsverfahren, verwendet werden (externe Vertraulichkeit).<sup>1104</sup> Potentielle „Informationsträger“ und „Vertraulichkeitslücken“ sind alle direkt und indirekt am Mediationsverfahren Beteiligten und Informationsträger: Dazu gehören die Konfliktparteien selbst, deren Angehörige, am Mediationsverfahren direkt oder indirekt beteiligte Dritte, Parteianwälte, aber auch in die Mediation eingebrachte oder in der Mediation angefertigte Schriftstücke z.B. ein Protokoll oder Flipchartnotizen.<sup>1105</sup> Insbesondere

---

<sup>1102</sup> Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung § 4, Rn. 1; Lilja/ von Lucius/ Tietz, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 1, 2., Rn. 32; Hartmann, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 28, Rn.1 ff.; Steffek, ZEuP 2013, S. 528, 550; Weigel, NJOZ 2015, S. 41.

<sup>1103</sup> Lilja/von Lucius/Tietz, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 1, 2., Rn. 32.

<sup>1104</sup> Lilja/von Lucius/Tietz, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 1, 2., Rn. 32.

<sup>1105</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 150.

der Mediator ist aufgrund seiner umfassenden Einblicke in das Konfliktverhältnis der Parteien und wegen seiner Glaubwürdigkeit eine Informationsquelle, die in späteren Prozessen von hohem Wert sein kann.<sup>1106</sup> Auch können beispielsweise Informationen wie das Abrücken von bestimmten Forderungen oder Rechtsstandpunkten, Eingeständnisse oder Einigungsvorschläge für den Verwender gerichtlich von Nutzen sein. Die Einbringung solcher Tatsachen kann über bloßen Tatsachenvortrag oder bei Beweisbedürftigkeit im Fall des Bestreitens über die in der ZPO anerkannten Beweismittel erfolgen.

Diese potentiellen Vertraulichkeitslücken können die Erfolgchancen für ein Mediationsverfahren erheblich mindern. Schon die Aussicht, dass eine Information im schlimmsten Fall – dem Scheitern des Mediationsverfahrens – in einem Prozess verwendet werden könnte, kann bei den Parteien des Mediationsverfahrens zu taktischem Vermeidungsverhalten führen: Sie halten Informationen zurück oder vermeiden das Einräumen nachteiliger Tatsachen oder Vergleichsangebote.<sup>1107</sup> Auch kann schon die Sorge, dass der Mediator in einem späteren gerichtlichen Verfahren als Zeuge benannt werde, seine Rolle als neutraler und vertrauenswürdiger Dritter untergraben.<sup>1108</sup> Ein offener Kommunikationsprozess und Informationsaustausch wird daher nur gelingen, wenn die Parteien sicher sein können, dass offengelegte Informationen im Fall eines Scheiterns der Mediation nicht gerichtlich oder außergerichtlich gegen sie verwandt werden.<sup>1109</sup>

Dem sollen **Vortrags- und Beweismittelbeschränkungen** entgegenwirken. Diese können gesetzlicher Natur sein (zum Beispiel Zeugnisverweigerungsrechte und Zeugnisverweigerungspflichten) oder für den Fall eines nachfolgenden Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens durch Vertrag vereinbart werden. Vertragliche Vortrags- und Beweismittelbeschränkungen sollen die Weitergabe und Nutzung von während der Mediation erlangten Informationen im Prozess verhindern. Sie regeln entweder den Umgang mit bestimmten Beweismitteln (sogenannte personen- oder objektbezogene Beweismittel- oder Beweisverträge) oder beschränken den Vortrag bestimmter Tatsachen (Geständnisverträge<sup>1110</sup>), bzw. schließen diesen gänzlich aus (tatsachenbezogene bzw. gegenstandsbezogene<sup>1111</sup> Absprachen), indem sie die Einbringung aller aus dem Mediationsverfahren erlangten Informationen für ein anschließendes

---

<sup>1106</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148.

<sup>1107</sup> Wagner, ZKM 2011, S. 164.

<sup>1108</sup> Wagner, ZKM 2011, S. 164; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 13.

<sup>1109</sup> Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 3; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 485.

<sup>1110</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 51.

<sup>1111</sup> Unterscheidung nach Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 150 f.

streitiges Verfahren unabhängig von der Wahl des konkreten Beweismittels grundsätzlich verbieten.<sup>1112</sup>

Besteht eine Vortragsbeschränkung, ist ein abredewidriger Vortrag vor Gericht unerheblich.<sup>1113</sup>

Abreden über die Verwendung von personen- oder objektbezogenen Beweismitteln (Beweisverträge) verhindern, anders als ein Verstoß gegen die gesetzliche Zeugnisverweigerungspflicht, den Beweis durch das verbotene Beweismittel. Das Gericht weist einen abredewidrigen Beweisantrag als unzulässig ab.<sup>1114</sup> Auf diese Weise kann auf Rüge des Gegners beispielsweise ein vertragliches Verbot der Benennung des Mediators als Zeuge unmittelbar verhindern, dass der Richter den Mediator lädt oder als Zeuge vernimmt.<sup>1115</sup> Allerdings muss gemäß der zivilprozessrechtlichen Beweislastverteilung die Partei, die sich auf die Einrede des Beweisverbots beruft, beweisen, dass die Information aus der Mediation stammt, was mitunter schwierig sein kann.<sup>1116</sup>

Dass das Gericht an derartige vertragliche Beweismittelverbote gebunden ist, ergibt sich vorwiegend aus prozessökonomischen Erwägungen: Würde die Vereinbarung nicht im Primärprozess berücksichtigt werden, müsste über diese Frage ein Zweitprozess durchgeführt werden, in dem die Vertragsverletzung gerügt wird.<sup>1117</sup> Um das entscheidungserhebliche Ergebnis des Zweitprozesses abzuwarten, müsste der Erstprozess für einen Zweitprozess ausgesetzt werden<sup>1118</sup> – dessen Inhalt die Wirksamkeit der Vereinbarung und der Verstoß gegen dieselbe wäre. Diese Fragen könnten aber schneller und effektiver in dem bereits anhängigen Erstprozess entschieden werden.<sup>1119</sup>

Jedoch soll das eine entsprechende Rüge durch den Gegner voraussetzen.<sup>1120</sup> Eine Berücksichtigung von Amts wegen soll ausscheiden.<sup>1121</sup> Die ZPO zeige beispielsweise in § 1032 Abs. 1 ZPO

---

<sup>1112</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 151; Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737, 2741; Wagner, NJW 2001, S. 1398, 1399; Probst JR 2009, S. 314, 317.

<sup>1113</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 27; Hartmann, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 28, Rn. 33.

<sup>1114</sup> Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 24; Hartmann, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 28, Rn.33; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 27; Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149.

<sup>1115</sup> Dazu Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149.

<sup>1116</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 151; Weigel, NJOZ 2015, S. 41, 43.

<sup>1117</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149.

<sup>1118</sup> Wagner, NJW 2001, S. 1398, 1399 f.

<sup>1119</sup> Wagner, NJW 2001, S. 1398, 1399 f.

<sup>1120</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 26; Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149; Weigel, NJOZ 2015, S. 41, 43.

<sup>1121</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149 f.

oder § 39 ZPO, dass prozessuale Parteivereinbarungen nur berücksichtigt würden, wenn sie ausdrücklich geltend gemacht würden.<sup>1122</sup>

Die Sperrung von Beweismitteln für einen späteren Prozess hat allerdings unter Umständen auch zur Folge, dass für den Prozess kaum verwertbare Informationen übrig bleiben. Da das Mediationsverfahren trotz hoher Einigungsquoten keine Erfolgssicherheit bietet, haben die Parteien aber regelmäßig ein Interesse daran, in einem (schieds-)gerichtlichen Verfahren Tatsachen aus dem Mediationsverfahren einzubringen und diese in ihrem Interesse zu nutzen.

Hier offenbart sich ein Dilemma bei der Gestaltung von Vertraulichkeitsabsprachen: Einerseits brauchen Vertragsparteien einen sicheren Rahmen für die Offenlegung aller relevanten Informationen – andererseits soll die Einführung von Informationen in einem späteren Gerichtsverfahren in gewissem Umfang möglich bleiben. Darüber hinaus steht der Vertraulichkeitsschutz in der Mediation in einem Spannungsverhältnis zu berechtigten Ansprüchen Dritter oder der Allgemeinheit, beispielsweise bei in der Mediation offenbarten Straftaten.<sup>1123</sup>

Aus Unternehmenssicht stellt sich damit die Frage, wie einerseits gewährleistet werden kann, dass durch das Mediationsverfahren keine zuvor vorhandenen Beweismittel für eventuelle Folgeverfahren verlorengehen, und andererseits durch die Mediation keine neuen Beweismittel hinzukommen.<sup>1124</sup>

Inwieweit die Vertraulichkeit durch das Mediationsgesetz abgesichert ist und welche vertraglichen Varianten zur Sicherung der Vertraulichkeit notwendig, üblich und sinnvoll sind, wird im Folgenden erläutert. Die teilweise komplexen Vertraulichkeitsregelungen der Verfahrensordnungen zeigen verschiedene Varianten vertraglicher Gestaltung auf. Verständlich wird der Sinn der Regelungen bei einer genauen Betrachtung der (lückenhaften) gesetzlichen Vertraulichkeitsregelungen.

#### **a) Gesetzlicher Vertraulichkeitsschutz**

Die Vertraulichkeit ist nur in § 1 Abs. 1 MediationsG hervorgehoben. Aus dem Umkehrschluss zu § 2 Abs. 4 MediationsG folgt das Prinzip der Nichtöffentlichkeit.<sup>1125</sup> Gemäß § 4 MediationsG sind der **Mediator und die „in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen**

---

<sup>1122</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 150 mit Verweis auf BGHZ 28, 45, 52.

<sup>1123</sup> Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 4;

<sup>1124</sup> So schon Wagner, RabelsZ 74 (2010), S. 794, 811: „Die Partei soll durch das gescheiterte Mediationsverfahren nichts an prozessualer Munition hinzugewinnen, doch sie behält alle Pfeile in ihrem Köcher, die sie zuvor schon hatte.“; zustimmend Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., Rn. 23.

<sup>1125</sup> Weigel, NJOZ 2015, S. 41, 42.

**Personen“** zur Verschwiegenheit verpflichtet.<sup>1126</sup> § 4 MediationsG verdrängt als *lex specialis* eventuell ebenfalls einschlägige Verschwiegenheitspflichten aus berufsrechtlichen Vorschriften.<sup>1127</sup> Nach der Entwurfsbegründung ist der Personenkreis eng zu verstehen: Gemeint sind ausschließlich der Mediator und ihn organisatorisch unterstützende Hilfspersonen<sup>1128</sup> wie beispielsweise Bürokräfte oder sonstige berufliche Gehilfen.<sup>1129</sup> Umstritten ist, ob auch Personen erfasst sind, die den Mediator inhaltlich unterstützen, wie Sachverständige, Berater oder Übersetzer.<sup>1130</sup>

Die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht nach § 4 MediationsG ist umfassend und bezieht sich gemäß § 4 S. 2 MediationsG „auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist.“ Es muss also ein Zusammenhang zwischen der Kenntniserlangung und der Tätigkeit als Mediator oder als seine Hilfspersonen bestehen.<sup>1131</sup> Die Verschwiegenheitspflicht bezieht sich z.B. auf den Umstand der Durchführung des Mediationsverfahrens selbst<sup>1132</sup>, dessen Verlauf und Ergebnis<sup>1133</sup>, die Namen der Parteien und der nach § 2 Abs. 4 einbezogenen Dritten<sup>1134</sup>, aber auch auf Zufallswissen wie z.B. ein zufällig im Rahmen einer kurzen Unterbrechung des Verfahrens mitgehörtes Gespräch der Parteien.<sup>1135</sup> Auch Tatsachen, von denen der Mediator im Vorfeld einer Mediation erfährt, sind umfasst – unabhängig davon, ob es später zu einem Mediationsverfahren kommt.<sup>1136</sup>

Die Verschwiegenheitspflicht bezieht sich auch auf schriftliche Unterlagen.<sup>1137</sup> Nicht umfasst sind allerdings Informationen, die dem Mediator oder dessen Hilfspersonen nur anlässlich seiner Mediatorentätigkeit bekannt geworden sind.<sup>1138</sup>

---

<sup>1126</sup> Zu den Ausnahmen § 4 S. 3 Nr.1-3 MediationsG.

<sup>1127</sup> BT-Drs. 17/5335, S.17; z.B. § 43a Abs.2 BRAO, §§ 2,3 BORA, § 57 Abs.1 StBerG, § 43 Abs.1 WPO, § 18 BNotO; Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung § 4 Rn.5; zu den Folgen eines Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht ausführlich Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 44.

<sup>1128</sup> RegE, BT-Drucks. 17/5335, S. 17.

<sup>1129</sup> RegE, BT-Drs. 17/5335, S. 17; dazu ausführlich Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 17 ff.; Hartmann, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 28, Rn. 16.

<sup>1130</sup> Dafür: Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 18; dagegen Hartmann, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 28, Rn. 16.

<sup>1131</sup> Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 36.

<sup>1132</sup> Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 36; Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 10.

<sup>1133</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 10; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 16.

<sup>1134</sup> Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 36.

<sup>1135</sup> Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 36.

<sup>1136</sup> Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 11.

<sup>1137</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 10.

<sup>1138</sup> Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 36; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 10.

Die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht des Mediators gilt gegenüber allen nicht am Mediationsverfahren beteiligten Personen und Stellen, einschließlich Arbeitgeber<sup>1139</sup>, nicht jedoch gegenüber anderen Verfahrensbeteiligten und deren Vertretern – hier muss eine Verschwiegenheitspflicht individuell vereinbart werden<sup>1140</sup>. Nach der Gesetzesbegründung steht dem Mediator und seinen Hilfspersonen im Zivilverfahren<sup>1141</sup> ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO (i.V.m. § 4 MediationsG) zu.<sup>1142</sup> Die Parteien können den Mediator nach dem Willen des Gesetzgebers von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden.<sup>1143</sup> Grenzen der gesetzlichen Verschwiegenheitsverpflichtung ergeben sich aus § 4 Abs. 3 Nr. 1 und 2 MediationsG.<sup>1144</sup>

Von einer **Verschwiegenheitspflicht der Parteien, ihrer Beistände und Dritte** hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen, obwohl diese gemäß Art. 7 Abs. 2 Mediationsrichtlinie zulässig gewesen wäre.<sup>1145</sup> Das belegen auch die Gesetzesmaterialien zum Mediationsgesetz, in denen der Gesetzgeber die Parteien wie bisher auf eine eigene vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarung verweist, um die Vertraulichkeit untereinander zu sichern.<sup>1146</sup> Eine ergänzende Gesetzesauslegung oder eine Analogie scheidet deswegen richtigerweise aus. Die Parteien selbst und ihre Beistände unterliegen daher nicht der Verschwiegenheitspflicht des § 4 MediationsG.<sup>1147</sup> Ebenso gilt die Verschwiegenheitspflicht des § 4 MediationsG nicht für die **von den Parteien nach § 2 Abs. 4 MediationsG einbezogenen Dritten wie beispielsweise Sachverständige oder Familienangehörige**.<sup>1148</sup>

---

<sup>1139</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 12.

<sup>1140</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 13; Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, II. Rn. 24.

<sup>1141</sup> Sowie über entsprechende Verweisung in anderen Prozessordnungen: §§ 98 VwGO, § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 495 ZPO, § 118 Abs. 1 SGG, § 29 Abs. 2 FamFG, dazu Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 29.

<sup>1142</sup> BR-Drs. 60/11, S. 24; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 9.

<sup>1143</sup> BT-Drs. 17/5335, S. 17.

<sup>1144</sup> Dazu Weigel, NJOZ 2015, S. 41, 42.

<sup>1145</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 43.

<sup>1146</sup> BR-Drs. 60/11, S. 24; BT-Drs. 17/5335, S. 17.

<sup>1147</sup> BT-Drs. 17/5335, S. 17; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 50; Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 20; Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 49; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 21.

<sup>1148</sup> RegE, BT-Drs. 17/5335, S. 17; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 21.

## **b) „Lücken“ des gesetzlichen Vertraulichkeitsschutzes**

Die Verschwiegenheitspflicht des Mediators und seiner Hilfspersonen nach § 4 S. 1 MediationsG sichert Vertraulichkeitslücken nur in geringem Umfang ab: Regelt sind nur Verschwiegenheitspflichten des Mediators und durch ihn eingebundene Personen gegenüber nicht am Mediationsverfahren beteiligten Personen. Vertraulichkeitslücken bestehen insoweit bei Informationen durch den Mediator gegenüber Beteiligten des Mediationsverfahrens sowie durch die Parteien, ihrer Beistände und Dritter.

Auch trifft der Gesetzgeber keine Regelungen zum Schutz der externen Vertraulichkeit, insbesondere im Hinblick auf einen späteren Prozess – weder durch einen Ausschluss bestimmter Beweismittel noch durch ein Verbot der Einbringung von mediationsrelevanten Informationen<sup>1149</sup>.

Scheitert die Mediation, sind damit die Parteien nicht gehindert, über einen entsprechenden Tatsachenvortrag Umstände und Informationen in ein späteres Gerichtsverfahren einzubringen und über eine Parteivernehmung, die Benennung eigener Mitarbeiter oder des Mediators als Zeugen und der Vorlage von Urkunden und Dokumenten entsprechend Beweis zu erbringen. Berechtigterweise wird in der Literatur kritisiert, dass einem Unternehmen die Verschwiegenheit des Mediators dann auch nichts nütze.<sup>1150</sup> Diese Gesetzeslücke kann nur durch vertragliche Vereinbarungen geschlossen werden.<sup>1151</sup>

Aus Unternehmenssicht wäre es wünschenswert gewesen, die Verwertung von aus der Mediation erlangten Informationen in einem späteren gerichtlichen Verfahren gesetzlich zu regeln.<sup>1152</sup> Warum der Gesetzgeber sich für diese Lösung entschieden hat, kann nur gemutmaßt werden. Eine plausible Erklärung ist die Sorge um eine Immunisierung von Tatsachen und Beweismitteln für nachfolgende Streitverfahren: Wären alle während des Mediationsverfahrens erlangten Informationen und Beweismittel nach Scheitern der Mediation für einen späteren

---

<sup>1149</sup> „Rechtspolitisch (...) zu bedauern“, Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 51.

<sup>1150</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., Rn. 24.

<sup>1151</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 52 ff.; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung § 4 Rn.50; Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 22; Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., Rn. 24; Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149.

<sup>1152</sup> Positionspapier des Round Table Mediation & Konfliktmanagement der Deutschen Wirtschaft (RTMKM), ZKM 2009, 147, 151; Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, B., Rn. 23.

Rechtsstreit gesperrt, könnte am Ende gar kein Rechtsstreit mehr geführt werden.<sup>1153</sup> Dadurch würden ganze Lebenssachverhalte der Jurisdiktion entzogen.<sup>1154</sup>

Einen Schutz vor der Verwertung von während der Mediation erlangten Informationen im Prozess bietet auch nicht das dem Mediator und seinen Hilfspersonen im Zivilverfahren<sup>1155</sup> zustehende Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO (i.V.m. § 4 MediationsG).<sup>1156</sup> Dieses Zeugnisverweigerungsrecht gilt unabhängig vom Ursprungsberuf des Mediators.<sup>1157</sup> Es schließt allerdings nicht aus, dass der Mediator dennoch vor Gericht aussagt. Eine pflichtwidrige Aussage wird zwar in der Regel dadurch verhindert, dass das Gericht gemäß § 383 Abs. 3 ZPO den Zeugen nicht nach Tatsachen befragen darf, die ohne Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung nicht beantwortet werden können.<sup>1158</sup> Kommt es dennoch zu einer Aussage des Mediators, stellt sich die Frage, ob die Aussage verwertbar bleibt. Ein Verstoß gegen § 383 Abs. 3 ZPO spricht nicht gegen die Verwertung der Aussage.<sup>1159</sup> Auch im Strafprozessrecht ist die Problematik der Verwertbarkeit einer Aussage, die von einem pflichtwidrig aussagenden zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsträger gemacht wurde, bekannt: Der BGH bejahte eine Verwertung der Aussage mit dem Hinweis, dass das Zeugnisverweigerungsrecht lediglich im Interesse des Berufsgeheimnisträgers bestehe<sup>1160</sup>. Nach verbreiteter Ansicht soll das auch im Zivilprozessrecht gelten.<sup>1161</sup> Nicht jede pflichtwidrig gemachte Aussage des Mediators führt deshalb zu einem Beweisverwertungsverbot – obwohl berechtigterweise eingewendet wird, dass sich Zivil- und Strafprozess im Hinblick auf das Aufklärungsinteresse unterscheiden und

---

<sup>1153</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 58; Bedenken gegen eine solche Sperrung sämtlicher mediationsrelevanter Tatsachen wurden auch schon vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes geäußert: Graf-Schlicker, ZKM 2009, S. 83, 85; ähnliche Nelle/Hacke, ZKM 2002, S. 257, 260 „Tatsachengrab“; Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 151.

<sup>1154</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 52.

<sup>1155</sup> Sowie über entsprechende Verweisung in anderen Prozessordnungen: §§ 98 VwGO, § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 495 ZPO, § 118 Abs. 1 SGG, § 29 Abs. 2 FamFG, dazu Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 29.

<sup>1156</sup> BR-Drs. 60/11, S. 24; Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 9.

<sup>1157</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 5.

<sup>1158</sup> Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 5, § 383 Rn. 73; Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149.

<sup>1159</sup> BGHSt 9, 59 (62) = NJW 1956, 599, 600; BGH NJW 1977, 1198 (1199); Scheuch, in: BeckOK ZPO, § 383, Rn. 39; Huber, in: Musielak/Voit, ZPO, § 383, Rn. 9: sofern er dazu nicht durch eine andere (!) verfahrenswidrige Maßnahme des Gerichts bestimmt worden ist; a.A. Ahrens, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Bd. 6, § 383, Rn. 86.

<sup>1160</sup> BGHSt 9, 59 = NJW 1956, 599, 600; dagegen Beulke, Strafprozessrecht, § 23 II 2, Rn. 462.

<sup>1161</sup> Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 5, § 383 Rn. 19; Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149.



§ 4 MediationsG gerade auch im Interesse der Medianden besteht.<sup>1162</sup> Vielmehr prüft das Gericht in jedem Einzelfall, ob es den Vortrag des Mediators wegen Missachtung der Verschwiegenheitspflicht zurückzuweisen hat.<sup>1163</sup>

Um die Vertraulichkeit im Zivilprozess bezüglich des Mediators weiter abzusichern, wird teilweise angenommen, dass der Mediator wegen § 4 MediationsG auch eine Zeugnisverweigerungspflicht haben solle.<sup>1164</sup> Zwar könne auch die Zeugnisverweigerungspflicht des Mediators nicht gänzlich ausschließen, dass der Mediator oder seine Hilfspersonen gleichwohl als Zeugen geladen würden und eine pflichtwidrige Aussage machten. Sie sichere im Zivilprozess die Vertraulichkeit zumindest bezüglich des Mediators aber in ausreichendem Maße, da der Mediator bei einer Aussage nicht nur pflichtwidrig handele<sup>1165</sup>, sondern auch eine Strafbarkeit nach § 203 StGB riskiere.<sup>1166</sup>

Ein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators besteht nicht.<sup>1167</sup> Zur Zeugnisverweigerung im Strafrecht sind aber Mediatoren berechtigt, die einer in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO genannten Berufsgruppe angehören. Dies sind jedenfalls als Mediatoren tätige Rechtsanwälte, da zu deren Berufsbild gemäß § 18 BORA bzw § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO auch die Mediationstätigkeit gehört.<sup>1168</sup>

### **c) „Lösung“ der Verfahrensordnungen**

In allen Verfahrensordnungen der institutionellen Anbieter sind Regelungen zur Vertraulichkeit zu finden. Vielfach wird eine Verschwiegenheitspflicht des Mediators geregelt. Teilweise werden auch alle Beteiligten des Mediationsverfahrens zur Verschwiegenheit verpflichtet<sup>1169</sup>, neben dem Mediator sind das die Medianden, gegebenenfalls das Verfahrensinstitut selbst

---

<sup>1162</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149, allerdings ohne damit im Ergebnis eine mögliche Verwertbarkeit der Aussage auszuschließen.

<sup>1163</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149.

<sup>1164</sup> Streitig, dafür: Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung § 4 Rn. 26; Weigel, NJOZ 2015, S. 41, 42; Wagner, ZKM 2011, 164, 165; Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149; Hartmann, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 28, Rn. 19.

<sup>1165</sup> Zur Haftung bei Verstoß gegen Verschwiegenheitspflichten Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung § 4 Rn. 42 ff.

<sup>1166</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 149; Weigel, NJOZ 2015, S. 41, 42; Eisele, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 46 Rn. 3 ff.; Groth/v.Bubnoff, NJW 2001, S. 338, 339.

<sup>1167</sup> Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz § 4, Rn. 12; ergibt sich aus dem Umkehrschluss bei Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 12; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 28; Weigel, NJOZ 2015, S. 41, 42.

<sup>1168</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 28; Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 12.

<sup>1169</sup> Ohne diese als solche zu benennen: § 14 EUCON-Mediationsordnung; § 10 DIS-Mediationsordnung; Punkt IV. der Mediationsvereinbarung bei Ziegler, in: Mes, BeckPFormB, 5. Mediationsvereinbarung.

und dessen Mitarbeiter, an der Mediation beteiligte Dritte, teilweise aber auch nur einzelne Beteiligte<sup>1170</sup>. Häufig wird auch klargestellt, dass die Verschwiegenheitspflicht nicht bei gesetzlichen Offenbarungspflichten gilt oder wenn die Offenlegung zur Umsetzung oder Durchsetzung der Mediationsvereinbarung erforderlich ist.<sup>1171</sup> Einige Klauseln stellen klar, dass anderweitige Parteivereinbarungen zulässig seien<sup>1172</sup> und geltendes Recht nicht umgangen werden dürfe<sup>1173</sup>. Teilweise ist auch vorgesehen, dass die Parteien den Mediator von seiner Verschwiegenheitsverpflichtung entbinden könnten, wobei die Nichtentbindung nicht als Beweisvereitelung geltend gemacht werden könne.<sup>1174</sup> Für Zuwiderhandlungen gegen die Verschwiegenheitsverpflichtung wird vereinzelt eine Vertragsstrafe vorgeschlagen.<sup>1175</sup>

Die Verschwiegenheitsverpflichtung wird in den meisten Klauseln mit Beweismittelabsprachen kombiniert. Die meisten Klauseln enthalten ein Zeugenbenennungsverbot des Mediators.<sup>1176</sup> Manche Klauseln sehen darüber hinaus eine Pflicht des Mediators zur Inanspruchnahme ihm zustehender Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte vor.<sup>1177</sup>

Auch sind teilweise Zeugenbenennungsverbote für andere Teilnehmer des Mediationsverfahrens wie Anwälte oder Berater vorgesehen.<sup>1178</sup> Einige Klauseln in den Verfahrensordnungen verbieten auch die Benennung aller Beteiligten des Mediationsverfahrens<sup>1179</sup>, zum Beispiel inklusive Vertreter, Angestellte und Mitarbeiter der Beteiligten sowie weitere Mediationsteilnehmer (z.B. Sachverständige).<sup>1180</sup> Desweiteren ist das Verbot zu finden, während des Mediationsverfahrens eingebrachte Dokumente, Stellungnahmen und Mitteilungen oder auch Ansichten, Zugeständnisse oder Vorschläge als Beweis einzubringen.<sup>1181</sup> Auch dürfen teilweise

---

<sup>1170</sup> Mediator: 5.a. BMEV- Mediationsordnung; Parteien und Mediator: § 9 Ziff.3 DGMW- Mediationsordnung; Parteien, Mediator, die mit der Mediation befassten Mitarbeiter des Mediationsinstituts: § 10.1. DIS- Mediationsordnung.

<sup>1171</sup> § 14 Abs.1 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>1172</sup> Artikel 9 der Mediations-Regeln der ICC.

<sup>1173</sup> Artikel 9 der Mediations-Regeln der ICC.

<sup>1174</sup> § 4 Verfahrensordnung Mediation BMWA ; anders Mediationsvereinbarung bei Ziegler, in: Mes, BeckPFormB, 5.Mediationsvereinbarung, in der die Entbindung für unzulässig erklärt wird.

<sup>1175</sup> Punkt IV. der Mediationsvereinbarung bei Ziegler, in: Mes, BeckPFormB, 5.Mediationsvereinbarung.

<sup>1176</sup> § 4 Abs.1 Verfahrensordnung Mediation BMWA ; 5.b.BMEV-Mediationsordnung.

<sup>1177</sup> § 9 Ziff.6 DGMW-Mediationsordnung; § 14 Abs.4 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>1178</sup> § 9 Ziff.6 DGMW-Mediationsordnung.

<sup>1179</sup> Ohne die Beteiligten zu benennen: § 4 Verfahrensordnung Mediation BMWA ; § 14 Abs.4 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>1180</sup> § 4 Verfahrensordnung Mediation BMWA ; Punkt IV. der Mediationsvereinbarung bei Ziegler, in: Mes, BeckPFormB, 5.Mediationsvereinbarung; § 14 Abs.4 EUCON-Mediationsordnung; nur Mediator: 5.b. BMEV- Mediationsordnung.

<sup>1181</sup> § 14 Abs.2 EUCON-Mediationsordnung; Artikel 9 2 Mediations-Regeln ICC.

Beweismittel nicht eingeführt werden, die erstmalig im Rahmen des Mediationsverfahrens bekannt geworden sind.<sup>1182</sup>

Die Verschwiegenheitspflichten beziehen sich in der Regel nur auf alle während des Mediationsverfahrens erlangten Informationen.<sup>1183</sup> Häufig wird ausdrücklich klargestellt, dass damit Informationen von der Verschwiegenheitsverpflichtung ausdrücklich ausgenommen sind, die die Beteiligten bereits vor, nach oder unabhängig vom Mediationsverfahren erlangt haben oder auch ohne Durchführung des Mediationsverfahrens hätten erlangen können.<sup>1184</sup>

Die Regelungen der Verfahrensordnungen schließen damit teilweise eine Lücke des gesetzlichen Vertraulichkeitsschutzes.

#### **d) Unzulänglichkeit vertraglicher Vertraulichkeitsregelungen**

Aufgrund der Bedeutung der Vertraulichkeit für das Mediationsverfahren und des lückenhaften Schutzes durch das Mediationsgesetz sind die Parteien auf vertragliche Regelungen angewiesen. Hier sind die entsprechenden Formulierungen der Verfahrensordnungen eine sinnvolle Ergänzung. Allerdings sollten sich Vertragsparteien darüber im Klaren sein, dass auch die Kombination aus gesetzlichen und vertraglichen Vertraulichkeitsregelungen keinen umfassenden Schutz der Vertraulichkeit gewährleisten kann.<sup>1185</sup>

Vertragliche Verschwiegenheits- und gesetzliche Zeugnisverweigerungspflichten können zwar die interne Vertraulichkeit absichern. Zur Sicherung der externen Vertraulichkeit sind sie aber nicht geeignet, da die Beweisführung vor Gericht durch andere Beweismittel zum Nachweis streitiger Tatsachen zulässig bleibt. Das kann insbesondere bei der Benennung eines Anwalts oder Beistands als Zeuge relevant werden. *Wagner*<sup>1186</sup> weist in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung AnwGH Mecklenburg-Vorpommern<sup>1187</sup> hin, in dem ein Anwalt nach Scheitern eines gerichtsweglichen Mediationsverfahrens trotz vorheriger vertraglicher Vertraulichkeitsabrede Zugeständnisse der Gegenpartei und die Einigungsvorschläge des Mediators in

---

<sup>1182</sup> § 4 Abs.5 Verfahrensordnung Mediation BMWa.

<sup>1183</sup> Vgl. beispielhaft § 14 EUCON-Mediationsordnung; § 9 Ziff.1 DGMW-Mediationsordnung; 5. BMEV- Mediationsordnung.

<sup>1184</sup> Vgl. § 14 Abs.1 EUCON-Mediationsordnung; § 10 DIS- Mediationsordnung; § 4 Abs.3 BMWa-Mediationsordnung.

<sup>1185</sup> Kein umfassender Schutz möglich: Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 27; Weigel, NJOZ 2015, S. 41, 43; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 485; zu den Grenzen der Vertraulichkeitssicherung durch Prozessverträge auch Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148 ff.; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, MediationsG, § 4, Rn. 69; sachgerecht möglich: Wagner ZKM 2011, S. 164, 166.

<sup>1186</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 45.

<sup>1187</sup> AnwGH v. 1.8.2007 – I AG 6/07, Mecklenburg-Vorpommern ZKM 2007, 194 mit zustimmenden Anmerkungen Wagner/Braem.

einen anschließenden betriebenen Rechtsstreit eingebracht hatte. Der AnwGH sah keine Möglichkeit einer berufsrechtlichen Maßregelung, da die BRAO eine Sanktionierung nur bei Verletzung einer gesetzlichen Berufspflicht erlaube und die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht gemäß §§ 43a Abs. 2 BRAO, 203 StGB nur das Geheimhaltungsinteresse des eigenen Mandanten, nicht aber das der Gegenseite schütze.<sup>1188</sup> Wenn es für den Rechtsanwalt somit trotz des Bruchs einer Vertraulichkeitsvereinbarung unbedenklich sei, Tatsachen aus dem Mediationsverfahren in einen späteren Prozess einzuführen, sei der Rechtsanwalt bei einer ordnungsgemäßen Interessenvertretung auch zu einer solchen Vorgehensweise verpflichtet.<sup>1189</sup> Parteien und ihre Anwälte könnten so Inhalte des Mediationsverfahrens in ein späteres gerichtliches oder schiedsgerichtliches Verfahren einbringen, um der Gegenpartei zu schaden. Vertraulichkeitsvereinbarungen wären damit zumindest bei einer Beteiligung durch Anwälte wirkungslos, da die Parteien gar nicht mehr auf eine Zeugenbenennung des Mediators angewiesen sind, sondern über ihre Anwälte Informationen des Mediationsverfahrens in den Prozess einbringen können.<sup>1190</sup>

Auch durch die Vorlage einer Urkunde lassen sich Vorgänge aus dem Mediationsverfahren in das Gerichtsverfahren trotz Verschwiegenheitspflichten der Parteien einbringen, da deren Inhalt in der Regel unstreitig wird, sodass weitere Beweiserhebungen unnötig werden. Jedenfalls können Urkunden vorgelegt werden, die im Besitz der Parteien sind. Nur der Mediator darf wegen §§ 142 Abs. 2, 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO nicht gezwungen werden, eine Urkunde aus seinem Besitz herauszugeben.<sup>1191</sup>

Auch vertragliche Vortrags- und Beweismittelbeschränkungen bieten keinen umfassenden Schutz vor der Verwertung von während der Mediation erlangter Informationen. Zwar sperren sie absprachewidrige Vorträge oder Beweismittel für den Folgeprozess. Trotz des grundsätzlich im Zivilprozessrecht geltenden Beibringungsgrundsatzes hat das Gericht die Möglichkeit, Auskünfte einzuholen (§§ 142, 143 und § 273 Abs. 2 ZPO) und eine Partei von Amts wegen zu vernehmen (§ 448 ZPO). Für den Zeugenbeweis gibt es keine Regelungen in der ZPO, die das Gericht zur Amtsermittlung berechtigen. Während manche Stimmen der Parteivereinbarung,

---

<sup>1188</sup> Ebenso: Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 43a, Rn. 49; ablehnend Risse/Reichert, NJW 2008, 3680, 3683 f.

<sup>1189</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 45.

<sup>1190</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 45.

<sup>1191</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 46.

die eine Beweiserhebung ausschließt, den Vorrang geben<sup>1192</sup>, da diese den Beibringungsgrundsatz (zwecks Beschleunigung) nur ergänzen, nicht aber konterkarieren soll<sup>1193</sup>, wird andernorts die Möglichkeit der Amtsermittlung trotz anderweitiger Parteivereinbarung bejaht.<sup>1194</sup> Insofern können sich die Parteien bei vertraglichen Beweismittelabsprachen nicht gänzlich darauf verlassen, dass eine Amtsermittlung durch das Gericht unterbleibt.

Unabhängig von dieser Frage bieten vertragliche Beweismittelabsprache aber noch aus einem anderen Grund keinen umfassenden Schutz der Vertraulichkeit: Denn bereits der bloße Vortrag einer Partei über Geschehnisse im Mediationsverfahren kann die Gegenpartei vor Gericht belasten, da der Parteivortrag im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO genutzt werden kann.<sup>1195</sup> Ein wahrer Vortrag darf wegen § 138 Abs. 1 ZPO nicht bestritten werden.<sup>1196</sup> Im Falle des Bestreitens kann die behauptende Partei substantiiert Stellung nehmen und gegebenenfalls sogar den entsprechenden Beweis mit zum Zeitpunkt der Mediationsvereinbarung nicht vorhergesehenen Beweismitteln führen.<sup>1197</sup> Das können Zeugen oder Urkunden sein, die während des Mediationsverfahrens vom Mediator, den Parteien oder gemeinsam angefertigt wurden und in denen Zugeständnisse der Gegenpartei, Zusammenfassungen oder Analysen enthalten sein können.<sup>1198</sup> Auch ein Beweis durch Parteivernehmung nach §§ 445 ff. ZPO ist denkbar.<sup>1199</sup>

Berechtigerweise wird in der Literatur kritisiert, dass durch diese Maßnahmen genau das eintritt, was die gesetzliche Regelung zur Vertraulichkeit gerade vermeiden wollte: Die den Streit entscheidende Instanz erlangt Kenntnis von Inhalten des Mediationsverfahrens – damit ist die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens nicht mehr gewahrt.<sup>1200</sup>

Aufgrund dieser Wirkung wird in der Literatur teilweise eine tatsachenbezogene Regelung gegenüber bloßen Beweismittelabsprachen vorgezogen.<sup>1201</sup> Solche Abreden über den Nichtvor-

---

<sup>1192</sup> Friedrich, MDR 2004, S. 481, 485; Hartmann, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 28, Rn. 34.

<sup>1193</sup> Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 689 ff.; zustimmend Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, § 286, Rn. 16.

<sup>1194</sup> Greger, in: Zöller, ZPO, Vor § 284, Rn. 2b; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 4, § 286, Rn. 211: Wenn eine Beweiserhebung von Amts wegen zulässig sei, könne diese durch Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen werden.

<sup>1195</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 150.

<sup>1196</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 150; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 46.

<sup>1197</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 150.

<sup>1198</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 46.

<sup>1199</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 150.

<sup>1200</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 44.

<sup>1201</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 150; „gegenstandsbezogener Ansatz“: Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737, 2741; Beweisthemenvorbot: Unberath, JZ 2010, 975, 978.

trag bestimmter Tatsachen verbieten die Einbringung der Information grundsätzlich (tatsachen- bzw. gegenstandsbezogene<sup>1202</sup> Regelung)<sup>1203</sup>, also unabhängig von dem konkreten Beweismittel. Alle relevanten Informationen wären damit in einem späteren Prozess unmittelbar gesperrt – stützt sich ein Sachvortrag auf das Mediationsverfahren als Erkenntnisquelle, soll dieser prinzipiell unbeachtlich sein<sup>1204</sup>, auf lediglich mittelbar wirkende Zeugnisverweigerungsrechte komme es nicht mehr an<sup>1205</sup>.

Solche pauschale Mediationsklauseln, die die Verwendung sämtlicher in der Mediation gewonnenen Erkenntnisse und Tatsachen für ein anschließendes Streitiges Verfahren sperren, werden allerdings in der Literatur kritisch gesehen.<sup>1206</sup> Dadurch würden sämtliche Inhalte des Mediationsverfahrens für einen späteren Prozess unzugänglich und ganze Lebenssachverhalte der Gerichtsbarkeit entzogen.<sup>1207</sup> Risiken birgt der Vertraulichkeitsschutz auch, wenn eine Partei ihn taktisch nutzt: Sie kann der Gegenseite bisher unbekannte und ihr nachteilige Informationen in die Mediation einbringen, um sich im anschließenden Rechtsstreit auf deren Vertraulichkeit zu – eine „Flucht in die Mediation“ wäre die Folge.<sup>1208</sup> Auch verborgene Vermögenswerte könnten durch Offenlegung in der Mediation vor der Vollstreckung durch die Gegenseite geschützt werden.<sup>1209</sup>

Neben dem Problem der „Flucht in die Mediation“ und des Ausschlusses von Inhalten durch die Mediation wird auf das Problem des Spurenansatzes hingewiesen: Eine an der Verwertung vertraglich gesperrter Information interessierte Partei könne nicht verwertbare Informationen zum Anlass für weitere eigene Ermittlungen nehmen, um eine vertraglich nicht gesperrte Alternativquelle zu finden. Die so gewonnenen Informationen wären dann nach umstrittener Ansicht verwertbar.<sup>1210</sup>

---

<sup>1202</sup> So die Formulierung von Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 150 f.

<sup>1203</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 151; Wagner, NJW 2001, S. 1398, 1399; für eine Beschränkung des Tatsachenvortrags auch Peters, JR 2009, S. 314, 317.

<sup>1204</sup> Wagner, NJW 2001, S. 1398, 1399; Probst, JR 2009, S. 265, 267.

<sup>1205</sup> Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 151.

<sup>1206</sup> „verfehlt“ Hartmann, in: Eidenmüller/Wagner, 2016, § 28, Rn. 33; ebenso Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 52.

<sup>1207</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 58; Weigel, NJOZ 2015, S. 41, 43; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 327; Wagner ZKM 2011, S. 164, 166.

<sup>1208</sup> Goltermann, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 4; Friedrich, MDR 2004, 481, 485; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 26; Zu dieser Diskussion siehe Wagner, ZKM 2011, 164, 166; Nelle/Hacke, ZKM 2002, S. 257, 260 f.; Lilja/ von Lucius/ Tietz, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Teil 1, 2., Rn. 32; Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 151 f.; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 26; Friedrich, MDR 2004, S. 481, 485.

<sup>1209</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4, Rn. 52.

<sup>1210</sup> Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 4, Rn. 29; Hofmann, SchiedsVZ 2011, S. 148, 151.

Der Hinweis auf die Risiken dieser umfassenden Einbringungsverbote ist berechtigt. Die Vertragsparteien sollten sich aber im Klaren sein, dass letztlich jede vertragliche Regelung Risiken birgt: Wer Informationen für das Gelingen des Mediationsverfahrens umfassend sperren möchte, läuft Gefahr, dass in einem späteren Verfahren kaum Informationen eingebracht werden können oder das Mediationsverfahren taktisch missbraucht wird. Wer das verhindern möchte, riskiert unter Umständen ein Taktieren im Mediationsverfahren. Letztlich gibt es keine Regelung, die den Gegensatz von der Sicherung der Vertraulichkeit und der Nichtvereitelung des zivilgerichtlichen Verfahrens<sup>1211</sup> befriedigend löst. Die Vertragsparteien müssen selber abwägen, ob sie im Hinblick auf die Verwertbarkeit von Informationen in einem späteren gerichtlichen Verfahren gewisse Einschränkungen des Vertraulichkeitsschutzes hinnehmen oder das Risiko eingehen wollen, dass durch weitgehende Vortrags- und Beweismittelbeschränkungen Inhalte für den Folgeprozess gesperrt werden. Wollen die Vertragsparteien ein gerichtliches Verfahren unter allen Umständen vermeiden, spricht viel für umfassende Vertraulichkeitsabsprachen.

## **2. Regelungen zur Auswahl des Mediators**

Als neutrale und unabhängige Person ohne Entscheidungsbefugnis führt der Mediator die Parteien durch das Mediationsverfahren und unterstützt die Parteien bei einer eigenverantwortlichen Lösungssuche, ohne dabei Lösungsvorschläge zu machen oder den Streit zu entscheiden. Er hilft den Konfliktparteien durch verschiedene Techniken<sup>1212</sup>, wieder Verständnis für einander zu entwickeln und in einen gemeinsamen konstruktiven Kommunikationsprozess zu gelangen, der die Basis für eine eigenverantwortliche Lösungsfindung ist. Der Mediator ist dabei allparteilich, das heißt, er unterstützt jede Konfliktpartei gleichermaßen respektvoll und zugewandt darin, ihren Teil zum Verständigungsprozess beizutragen.<sup>1213</sup> Damit sich die Konfliktparteien auf den lösungsoffenen und häufig emotionalen Prozess des Mediationsverfahrens einlassen, ist ein besonderes Vertrauenverhältnis zum Mediator erforderlich. Sie müssen sich auf seine Integrität und Unvoreingenommenheit verlassen können, damit das Mediationsverfahren gelingt.<sup>1214</sup> Aus diesem Grund sieht § 2 Abs. 1 MediationsG vor, dass die Parteien

---

<sup>1211</sup> So Töben, RNotZ 2013, S. 321, 328.

<sup>1212</sup> Dazu Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 45.

<sup>1213</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn. 23; BT-Drs. 17/5335, S.15; Trenczek, in: Trenczek/ Berning/Lenz/Will, 2.12.2, Rn. 6 ff.

<sup>1214</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 Rn. 139; Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 45.

den Mediator frei wählen können. § 2 Abs. 1 MediationsG sichert die Wahlfreiheit der Parteien bezüglich der Entscheidung für einen geeigneten Mediator sowie dessen vertragliche Beauftragung<sup>1215</sup> und ist Ausdruck ihres Selbstbestimmungsrechts im Mediationsverfahren<sup>1216</sup>. Nicht geregelt ist allerdings, wie diese Auswahl erfolgt.

Eine Vorab-Regelung bezüglich der Auswahl des Mediators beugt dem Risiko vor, dass die Auswahl des Mediators wegen der gestörten Kommunikation im Konfliktfall erschwert und damit die Einleitung des Mediationsverfahrens verzögert wird. In einer Konfliktsituation kann es schwierig sein, einen Mediator zu finden, dem beide Parteien gleichermaßen vertrauen. Schlägt eine Seite einen Mediator vor, wird dessen Unabhängigkeit unter Umständen angezweifelt.<sup>1217</sup> Eine gemeinsame Suche und Einigung auf einen Mediator ist häufig nicht möglich, weil die Konfliktparteien derart in ihrem Konflikt und ihren Positionen gefangen sind, dass sie zu gemeinsamen Entscheidungen und Absprachen nicht mehr fähig sind. Über den eigentlichen Konflikt hinaus können so noch weitere Konflikte über die Auswahl des Mediators entstehen. Dann scheitert ein Mediationsverfahren und damit die Aussicht auf eine Konfliktlösung bereits am Scheitern der Auswahl des Mediators.

In den Musterverfahrensordnungen ist auch die – insoweit mit dem Mediationsgesetz übereinstimmende – Regelung üblich, dass die Parteien den Mediator frei wählen können, unabhängig davon, ob sie eine institutionelle Mediation durchführen oder nicht.<sup>1218</sup> Teilweise ist geregelt, dass die Parteien nur einvernehmlich<sup>1219</sup>, übereinstimmend oder gemeinschaftlich<sup>1220</sup> den Mediator auswählen können. Vereinzelt ist die Möglichkeit vorgesehen, den Mediator direkt zu benennen.<sup>1221</sup>

Um die beschriebenen Konflikte bei der Auswahl des Mediators zu umgehen, ist vereinzelt vorgesehen, die Auswahl des Mediators einer Partei zu überlassen, zum Beispiel immer der

---

<sup>1215</sup> Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 46.

<sup>1216</sup> So die Begründung in BT-Drucks. 17/5335, S. 14; im ursprünglichen Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums von 2010 war § 2 Abs. 1 MediationsG noch nicht enthalten, siehe unter: [http://rsw.beck.de/docs/librariesprovider5/rsw-dokumente/RefE\\_Mediationsgesetz\\_20100803](http://rsw.beck.de/docs/librariesprovider5/rsw-dokumente/RefE_Mediationsgesetz_20100803).

<sup>1217</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn. 3.

<sup>1218</sup> Art. 5 ICC-Mediations-Regeln; § 4 4.1. DIS-Mediationsordnung

<sup>1219</sup> Vgl. § 4 der EUCON-Mediationsordnung, der das weitere Verfahren nach einer einvernehmlichen Einigung der Parteien auf einen Mediator regelt.

<sup>1220</sup> Anlage II der Mediationsordnung des BMEV unter II.

<sup>1221</sup> Langfassung der Mediationsklausel der DGMW.



Konfliktpartei, die die Mediation nicht initiiert hat<sup>1222</sup> oder nach Ablauf eines bestimmten Einigungszeitraums für beide Parteien eine Partei entscheiden zu lassen<sup>1223</sup>. Eine andere Variante ist die Festlegung auf eine Liste potentieller Mediatoren (Mediatorenpools, Mediatorenlisten von Mediationsverbänden, Handelskammern oder einer ähnlichen Institution), die dann im Bedarfsfall Grundlage für die Auswahl des Mediators bildet. Ein solcher Verweis bietet den Vorteil, dass die Parteien noch im konstruktiven Klima des Vertragsschlusses für sich überprüfen können, ob die Mediatoren aus der Liste ihren Vorstellungen und Anforderungen entsprechen. So kann ein eventuell aufkommendes Misstrauen, dass der von der einen Partei vorgeschlagene Mediator parteiisch sein könnte, vermieden und eine Auswahlentscheidung im Konfliktfall erleichtert werden.

Viele Verfahrensordnungen sehen vor, dass sich die Parteien bei der Entscheidung für einen Mediator unterstützen lassen können, zum Beispiel, indem die Institution zunächst eine bestimmte Anzahl an Mediatoren vorschlägt, aus denen die Parteien wählen können.<sup>1224</sup> Die Parteien haben die Möglichkeit, Mediatoren abzulehnen oder Vorlieben mitzuteilen.<sup>1225</sup> Für die Auswahl ist die Institution zuständig, auf deren Verfahrensordnung in der Mediationsklausel Bezug genommen wird.<sup>1226</sup> Auch geben die Mediationsinstitutionen auf Anfrage Anregungen zur Auswahl des Mediators.<sup>1227</sup> Die Parteien müssen jeweils Rückmeldung geben und sich auf einen Mediator einigen. Gelingt dieser Auswahlprozess nicht, sehen viele Klauseln eine Bestimmung des Mediators durch die Institution vor.<sup>1228</sup> Andere Musterregelungen sehen direkt eine bindende Auswahl des Mediators durch die Institution vor, wenn sich die Parteien nicht einigen können.<sup>1229</sup> Die rechtliche Zulässigkeit solcher Auswahlregelungen bestimmt sich nach den Vorgaben des § 2 Abs. 1 MediationsG. Die Anforderungen des § 2 Abs. 1 MediationsG sind allerdings nicht allzu streng, da dieser dispositiv ist.<sup>1230</sup> Die Parteien können daher von § 2 Abs. 1 MediationsG abweichende Vereinbarungen treffen. Entscheidend ist, dass wegen des

---

<sup>1222</sup> Beispiel in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 158.

<sup>1223</sup> Mediationsvereinbarung von Risse, in: Hoffmann-Becking/Gebele, BeckFormB BHW unter XII.9.

<sup>1224</sup> Abs. 5 DGMW-Klausel Langfassung.

<sup>1225</sup> § 5 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>1226</sup> Diese Dienstleistung ist in der Regel kostenpflichtig, bei den Handelskammern sollte vor Ort nachgefragt werden, ob diese Dienstleistung übernommen wird.

<sup>1227</sup> § 4, 4.2. der DIS-Mediationsordnung, Art.5 Abs.2 ICC-Mediations-Regeln.

<sup>1228</sup> § 5 Abs.3 der EUCON-Mediationsordnung; § 10 Abs.2 Verfahrensordnung Mediation BMWA ; § 4 4.5. der DIS-Mediationsordnung; § 2 Nr. 2 der DGMW-Mediationsordnung.

<sup>1229</sup> Schlichtungsklausel BMEV; § 4 DIS: § 10 Verfahrensordnung Mediation BMWA.

<sup>1230</sup> Risse, SchiedsVZ 2012, S. 244, 247; Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 21; Steffek, ZEuP 2013, S. 528, 547; Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 4, Rn. 42.

durch § 2 Abs. 1 MediationsG abgesicherten Selbstbestimmungsrechts der Parteien die Bestimmung des Mediators auf den Willen der Parteien zurückzuführen ist.<sup>1231</sup> Insofern ist § 2 Abs.1 MediationsG vor allem bedeutsam, wenn die Parteien keine oder eine unklare oder lückenhafte Regelung treffen.<sup>1232</sup>

#### a) Zulässigkeit in Individualvereinbarungen

In Individualverträgen zwischen Unternehmen sind die genannten Varianten aus den Verfahrensordnungen grundsätzlich zulässig. Zulässig ist eine **gemeinsame Benennung eines Mediators** in der Mediationsklausel.<sup>1233</sup> Die Parteien können auch Regelungen treffen, wie der Mediator im Konfliktfall ausgewählt werden soll, z.B. durch Verweis auf eine institutionelle Verfahrensordnung.<sup>1234</sup> Rechtlich unbedenklich ist wegen des Selbstbestimmungsrechts und der Eigenverantwortlichkeit der Parteien auch die Regelung, dass die **Auswahl des Mediators durch eine Partei** erfolgt.<sup>1235</sup> Es erscheint allerdings nicht realistisch, dass die eine Partei einen von der anderen Partei vorgeschlagenen Mediator akzeptiert, wenn sich beide Parteien schon vorher nicht auf einen Mediator einigen konnten. Im Konfliktfall wächst regelmäßig das Misstrauen bezüglich der Auswahlentscheidung der anderen Partei und es entsteht schnell der Vorwurf, der ausgewählte Mediator könne der anderen Partei nutzen. Anders liegt es, wenn eine Partei aus einer von der anderen Partei vorgegebenen Liste den Mediator wählt. Auch die Übertragung der Auswahlentscheidung auf Dritte – in der Regel eine Mediationsinstitution – wird überwiegend und zu recht für zulässig gehalten<sup>1236</sup>, teilweise mit der Einschränkung, dass die Vereinbarung den Parteien die Freiheit belassen müsse, sich für diesen Mediator zu entscheiden bzw. einen ausgewählten Mediator abzulehnen.<sup>1237</sup>

---

<sup>1231</sup> Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 4, Rn. 42.

<sup>1232</sup> Risse, SchiedsVZ 2012, S. 244, 247; Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 21.

<sup>1233</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 42, der für den Fall, dass der Mediator im Konfliktfall nicht mehr zur Verfügung steht, die Benennung eines Ersatzmediators empfiehlt; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 16; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn. 3; Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 3, Rn. 62.

<sup>1234</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn.3; Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 3, Rn. 62; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2 Rn. 16; Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1251.

<sup>1235</sup> Zum Beispiel nach Vorschlag mehrerer Mediatoren durch die andere Partei: Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 42.

<sup>1236</sup> Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap.6 M 6.2, Rn. 80; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn.157; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 42; Böttcher/Laskawy, Der Betrieb 2004, S. 1247, 1251.

<sup>1237</sup> Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 62; wohl auch Pielsticker, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 8, 12, ohne weitere Erläuterungen; unklar, ob beide Varianten erfasst: Steffek, ZEuP 2013, 528, 547.

Richtig ist auch die Ansicht, dass eine bindende Auswahl des Mediators durch eine Anbieterinstitution nicht gegen das Selbstbestimmungsprinzip des § 2 Abs. 1 MediationsG verstößt, da dadurch lediglich eine vorgezogene Selbstbindung der Parteien aktualisiert wird.<sup>1238</sup> Vereinbaren die Parteien gemeinsam eine Einschränkung ihres Selbstbestimmungsrechts, ist das ebenfalls Ausdruck ihrer Selbstbestimmung und entspricht überdies allgemeinen Grundsätzen der Vertragsautonomie. Im Bereich der Wirtschaftsmediation ist diese Variante vor allem im Fall einer fehlenden Einigung der Parteien üblich.<sup>1239</sup> Faktisch ablehnen können die Parteien einen Mediator durch ihr Recht zur jederzeitigen Beendigung der Mediation aus § 2 Abs. 5 MediationsG.<sup>1240</sup>

Für diese Ansicht spricht auch die Begründung des Gesetzesentwurfs zum Mediationsförderungsgesetz, wonach eine Initiative durch die Parteien nicht zwingend erforderlich ist: Die Parteien könnten vielmehr einen von fremder Seite unterbreiteten Vorschlag auch konkludent annehmen.<sup>1241</sup> Was eine konkludente Annahme eines unterbreiteten Vorschlags im Sinn der Entwurfsbegründung sein soll, kann nur gemutmaßt werden. Teilweise wird vermutet, dass sich die Formulierung auf die zu diesem Zeitpunkt noch geplante, später aber gestrichene „gerichtsinterne Mediation“<sup>1242</sup> bezieht.<sup>1243</sup> Bei der gerichtsinternen Mediation wäre die Bestimmung des Richters allein durch den Geschäftsverteilungsplan des Gerichts vorgegeben worden, was sich mit dem die Mediation prägenden Selbstbestimmungsrecht der Parteien nicht verträgt. Diese Überlegung wird auch dadurch gestützt, dass der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren anregte, § 2 Abs. 1 MediationsG noch durch den Satz „Ein Anspruch auf einen bestimmten richterlichen Mediator besteht nicht“ zu ergänzen.<sup>1244</sup> Damit wollte der Bundesrat absichern, dass es bei der gerichtsinternen Mediation möglich bleibt, einen Mediator durch eine interne Geschäftsverteilung zu bestimmen.<sup>1245</sup>

---

<sup>1238</sup> Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 62; Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 4, Rn. 42.

<sup>1239</sup> So genannte „Fallback-Lösung“, Risse, SchiedsVZ 2012, S. 244, 247; siehe auch die Musterformulierung von Bülow, in: Walz, Das ADR-Formularbuch, Kap. 6 M 6.2, Rn. 73; Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 62.

<sup>1240</sup> So der überzeugende Hinweis von Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 63.

<sup>1241</sup> Regierungsentwurf BR-Drs. 60/11, S. 20, 22; so übernommen auch in BT-Drs. 17/5335, S. 14.

<sup>1242</sup> Der Begriff gerichtsinterne Mediation meint eine Mediation, die während eines Gerichtsverfahrens von einem nicht entscheidungsbefugten Richter durchgeführt wird, So die Legaldefinition in § 1 Abs. 1 Nr. 3 des Regierungsentwurfes des Mediationsförderungsgesetzes, S. 3.

<sup>1243</sup> Dazu ausführlich Pielsticker, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 8 f.

<sup>1244</sup> Bundesrat Drucksache 60/11 (Beschluss), S. 2.

<sup>1245</sup> Bundesrat Drucksache 60/11 (Beschluss), S. 2.

In der Literatur wird die Zulässigkeit einer konkludenten Annahme auf andere Fälle übertragen, in denen ein Dritter einen Mediator vorschlägt bzw. diesen kraft seiner Autorität bestimmt.<sup>1246</sup> Dagegen scheint zu sprechen, dass in diesem Zusammenhang in der Kommentarliteratur lediglich Fallgruppen erörtert werden, in denen ein Dritter *im Konfliktfall* den Mediator bestimmt, z.B. der Arbeitgeber. Bei Mediationsklauseln liegt der Fall aber anders<sup>1247</sup>, da diese eine präventive Vereinbarung der Parteien sind und die Entscheidung auf einen Dritten, hier die Institution, übertragen wollten. Im Ergebnis kann das aber keinen Unterschied machen. Wenn der Gesetzgeber die Vorgabe eines Mediators durch einen Dritten (das Gericht) im Konfliktfall ermöglichen wollte, muss dies erst Recht für den Fall gelten, dass die Parteien eine solche Auswahl gemeinsam durch eine Mediationsklausel vereinbaren.

## **b) Zulässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

In formularmäßigen Vereinbarungen ist eine vorgesehene **gemeinsame Auswahl des Mediators** bei Konflikteintritt mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 sowie § 1 Abs. 2 MediationsG vereinbar. Die Anforderungen an hiervon abweichende Regelungen sind jedoch bei einseitigen Regelungen deutlich strenger als bei gemeinsamen Vereinbarungen. Aufgrund der zentralen Bedeutung der Neutralität und Unabhängigkeit des Mediators für das Mediationsverfahren wird in der Literatur vertreten, dass eine unangemessene Benachteiligung vorliegt, wenn die Neutralität nicht gewährleistet ist oder der Mediator die erforderliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht besitzt<sup>1248</sup>. Sonst sei eine eigenverantwortliche Konfliktlösung nicht gewährleistet.<sup>1249</sup>

Häufig wird vertreten, dass eine Vorabbenennung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedenfalls unwirksam sei, wenn ein dem Verwender nahestehender Mediator benannt wird.<sup>1250</sup>

---

<sup>1246</sup> Pielsticker, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 9.

<sup>1247</sup> So wohl auch Pielsticker, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 12.

<sup>1248</sup> Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 307, Rn. 273; Tochtermann, ZKM 2008, 57, 59; Unberath, NJW 2011, 1320, 1323; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 342; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 Rn.185; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 44; Fahr, in: Mediation in der notariellen Praxis, S. 221, 238.

<sup>1249</sup> Tochtermann, ZKM 2008, 57, 59.

<sup>1250</sup> Fahr, in: Mediation in der notariellen Praxis, S. 221, 239; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap.2 Rn.52; BGH zu Schiedsvereinbarungen, Urteil vom 1.3.2007 - III ZR 164/06, SchiedsVZ 2007, 163, 164 Rn. 16.

Das sei der Fall, wenn der Mediator aus dem Unternehmen des Verwenders oder dessen Branche stamme, einem entsprechenden Berufs- und Wirtschaftsverband angehöre<sup>1251</sup> oder erkennbar im Lager des Verwenders stehe<sup>1252</sup>. Weitere Indizien seien wirtschaftliche Abhängigkeit, sachliche oder rechtliche Verbundenheit oder gemeinsame Interessen.<sup>1253</sup>

Um den Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden, wird empfohlen, auf die Vorabbenennung einer Einzelperson zu verzichten und einen Mediator vorzusehen, der in seiner Neutralität und Unabhängigkeit eine dem staatlichen Richter vergleichbare Position hat.<sup>1254</sup> Möglich ist auch, dem Vertragspartner ein Wahlrecht zu belassen, ob er selbst einen Erstvorschlag machen will oder ihm ein Gegenvorschlagsrecht zustehen soll.<sup>1255</sup>

Als generell unwirksam werden in der Literatur Klauseln beurteilt, die die Person des Mediators bereits benennen<sup>1256</sup>, oder in denen sich der Verwender die alleinige Auswahl vorbehält<sup>1257</sup>. Argumentiert wird, dass die besondere Vertrauensbeziehung zwischen Parteien und Mediator uneingeschränkte Auswahlfreiheit erfordere, andernfalls werde ein Wesensmerkmal außer Kraft gesetzt.<sup>1258</sup> Auch seien Varianten wie ein Ersatzbenennungsrecht für den Fall der nicht fristgerechten Benennung durch den Vertragspartner oder ein Benennungsrecht durch Interessenvertreter des Verwenders als problematisch anzusehen.<sup>1259</sup>

Vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes wurden gerichtliche Grundsätze zu formularmäßigen Schiedsgerichts- und Schiedsgutachtenklauseln auf Mediationsklauseln übertragen, die wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz der überparteilichen Rechtspflege für unwirksam erklärt wurden.<sup>1260</sup> Schon bei dieser Übertragung von Entscheidungen wurde argumentiert, dass die geringere Machtposition des Mediators eine Übertragung nicht aus-

---

<sup>1251</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 52; zum Parallelproblem bei Schiedsklauseln für Schiedsrichter Wagner, Prozessverträge, S. 499 f.; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 342.

<sup>1252</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 17.

<sup>1253</sup> Fahr, in: Mediation in der notariellen Praxis, S. 221, 239.

<sup>1254</sup> Fahr, in: Mediation in der notariellen Praxis, S. 221, 239.

<sup>1255</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 342.

<sup>1256</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 185; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 61; Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 307, Rn. 273.

<sup>1257</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 59, abgeleitet aus § 307 Abs.2 Nr.2 BGB, da wesentliche Rechte eingeschränkt würden, die sich aus der Natur der Mediationsvereinbarung ergeben; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 52; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307, Rn. 61; Fahr, in: Mediation in der notariellen Praxis, S. 221, 238.

<sup>1258</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 185.

<sup>1259</sup> Fahr, in: Mediation in der notariellen Praxis, S. 221, 238 f.

<sup>1260</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 59; BGHZ 106, 336, 338 f.: Nichtigkeit eines Schiedsvertrags nach § 138 Abs.1 BGB; BGHZ 81, 229, 236: Unzulässige Abweichungen von den Gebührensätzen der Architektenhonorarordnung durch AGB; BGHZ 54, 392, 394 f.

schließe, da auch die Mediation faktische Bindungswirkung entfalten könne. Gebe ein befanger Mediator zum Beispiel rechtliche Bewertungen ab, könnten Parteien, die über den nicht bindenden Charakter des Mediationsverfahrens nicht aufgeklärt sind, von einer Bindungswirkung ausgehen.<sup>1261</sup>

Auch nach Inkrafttreten des Mediationsgesetzes war lange Zeit durch die Rechtsprechung nicht konkretisiert, welche Anforderungen § 2 Abs. 1 MediationsG an Mediationsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt. In einer aktuelleren Entscheidung hat der BGH eine Schiedsvereinbarung, bei der die Person des Schiedsrichters namentlich in einem formularmäßigen Schiedsvertrag festgelegt war, zwar als unangemessene Benachteiligung gewertet – wegen des seit 1997 eingefügten Antragsrechts auf Neubenennung des Schiedsrichters in § 1034 Abs. 2 ZPO<sup>1262</sup> sei die Klausel aber nicht mehr im Ganzen unwirksam.<sup>1263</sup> Diese Entscheidung wird teilweise zur Begründung der Unangemessenheit bei Mediationsklauseln, die die Person des Mediators benennen, herangezogen.<sup>1264</sup>

Vereinzelt wird diese Entscheidung auch hinsichtlich der Rechtsfolgen einer unwirksamen Benennung des Mediators übertragen: So soll nicht die gesamte Mediationsklausel unwirksam sein, sondern nur die Regelung bezüglich des Mediators. An die Stelle der unwirksamen Klausel rückten dann die gesetzlichen Vorschriften des §§ 3, 2 Abs. 1 MediationsG.<sup>1265</sup> Andernorts wird die Übertragbarkeit dieser Rechtsfolge auf Mediationsklauseln bezweifelt, da die Parteien im Mediationsverfahren keinen vergleichbaren Rechtsbehelf hätten und die Entscheidung darauf beruhe, dass dort die Möglichkeit der gerichtlichen Schiedsrichterbestellung nach § 1034 Abs. 2 ZPO bestehe. Ist die Klausel wegen einer Benennung des Mediators unwirksam, solle deshalb die Mediationsklausel insgesamt unwirksam sein.<sup>1266</sup>

Mit der Auswahlfreiheit gemäß § 2 Abs. 1 MediationsG setzte sich erstmals das **LG Frankfurt a.M.** in einer bis zum BGH getragenen und nicht rechtskräftig gewordenen Entscheidung auseinander. Es wertete eine Klausel aus Allgemeinen Versicherungsbedingungen einer Rechts-

---

<sup>1261</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 59.

<sup>1262</sup> Durch das Gesetz zur Neuregelung des Schiedsgerichtsverfahrensrechts vom 22.12.1997, BGBl. I S. 3224.

<sup>1263</sup> BGH, Urteil vom 1.3.2007 – III ZR 164/06, SchiedsVZ 2007, 163, 164, Rn. 16; zur Zulässigkeit der namentlichen Benennung des Schiedsrichters schon: Hanefeld/Wittinghofer, SchiedsVZ 2005, 217 ff.

<sup>1264</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 Rn. 185; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 52.

<sup>1265</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 52.

<sup>1266</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 Rn. 185; generell gegen eine unbesehene Übertragung der schiedsrechtlichen Mindeststandards Unberath, NJW 2011, S. 1320, 1323.

schutzversicherung, die eine Kostenübernahme für eine gerichtliche und außergerichtliche Interessenwahrnehmung nur für einen vom Versicherer selbst ausgewählten Mediator vorsah, als Verstoß gegen § 2 Abs. 1 MediationsG i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.<sup>1267</sup> Dem Versicherer sei es nach dem klaren Wortlaut des § 2 Abs. 1 MediationsG untersagt, anstelle der Parteien den Mediator auszuwählen, die durch § 2 Abs. 1 MediationsG gesetzlich vorgesehene Wahlfreiheit der Parteien bezüglich des Mediators sei andernfalls hinfällig.<sup>1268</sup> Auch sei die „Prämisse einer Unparteilichkeit [...] nicht hinreichend gewahrt, wenn der Versicherer den Mediator auswählt, da es Ersterem im Regelfall um eine möglichst kostengünstige Streitbeilegung geht, wohingegen der Versicherungsnehmer eine seinen Interessen möglichst weitgehend Rechnung tragende Rechtsberatung wünscht“.<sup>1269</sup> Ob eine formularmäßige Übertragung der Auswahlentscheidung auf eine „neutrale“ Institution mit dem Mediationsgesetz vereinbar ist, ließ das LG Frankfurt offen.<sup>1270</sup> Auch zu den Auswirkungen der Unwirksamkeit der Regelung äußert sich das Gericht nicht.

Das **OLG Frankfurt a.M.** ließ als Berufungsinstanz offen, ob die Klauseln eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 MediationsG darstellten, weil sich der Versicherer die alleinige Auswahl des Mediators vorbehielt.<sup>1271</sup> An anderer Stelle führte das Gericht aber aus, dass aus § 2 Abs. 1 MediationsG kein Anspruch der Mediationswilligen auf einen Mediator ihrer Wahl folge. Es handele sich bei der Regelung nach deren Überschrift um eine Verfahrensvorschrift. Desweiteren setze die Regelung nicht notwendig eine Initiative der Parteien, sondern nur deren Einigung über die Person des Mediators voraus. Ausreichend sei, wenn sich die Mediationsparteien über die Person eines von einem Dritten vorgeschlagenen Mediators einigten.<sup>1272</sup> Auf Mediationsklauseln im hier verstandenen Sinne übertragen hieße das, dass ein einseitiges Vorschlagsrecht des Verwenders in Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen werden kann, solange die Letztentscheidung über die Auswahl von beiden Parteien gemeinsam erfolgt.

---

<sup>1267</sup> LG Frankfurt a.M., Urteil vom 7.5.2014 – 2-06 O 271/13, Rn. 68.

<sup>1268</sup> LG Frankfurt a.M., Urteil vom 7.5.2014 – 2-06 O 271/13, Rn. 60.

<sup>1269</sup> LG Frankfurt a.M., Urteil vom 7.5.2014 – 2-06 O 271/13, Rn. 61.

<sup>1270</sup> LG Frankfurt a.M., Urteil vom 7.5.2014 – 2-06 O 271/13, Rn. 64.

<sup>1271</sup> OLG Frankfurt am Main vom 9. April 2015 – 6 U 110/14, GRUR 2015, 919, Rn. 12: Unabhängig von der vorbehaltenen Auswahl des Mediators durch die Versicherung benachteiligten solche Klauseln den Verwender jedenfalls gemäß § 307 Abs. 1 BGB unangemessen, wenn für die außergerichtliche Interessenwahrnehmung überhaupt nur die Kosten für eine Mediation übernommen würden und die Übernahme von Anwaltskosten für die gerichtliche Interessenwahrnehmung von der vorherigen Durchführung eines Mediationsversuchs abhängig gemacht werde.

<sup>1272</sup> OLG Frankfurt am Main vom 9.4.2015 – 6 U 110/14, GRUR 2015, 919, 921, Rn. 31.

Auch der mit der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision befasste **BGH** ging in seinem Beschluss auf die Vorgaben des § 2 Abs. 1 MediationsG nur am Rande ein: Das Postulat der Unabhängigkeit des Mediators sei wichtig, aber nicht zwingend und näherer „Ausgestaltung nach dem Willen der Parteien zugänglich“. <sup>1273</sup> Im Übrigen beschränkte sich der BGH auf die Feststellung, dass der Rechtsschutzversicherer die Gewährung von Rechtsschutz für die Vertretung in solchen Verfahren im Rahmen der nach § 125 VVG bestehenden Vertragsfreiheit von der vorherigen erfolglosen Durchführung eines Mediationsverfahrens abhängig machen könne. Dies gelte auch dann, wenn sich der Rechtsschutzversicherer die Auswahl des Mediators vorbehalte. <sup>1274</sup>

Insbesondere die zuletzt genannte Erwägung könnte ein Indiz dafür sein, dass der BGH auch die einseitige vorbehaltene Auswahl des Mediators in Mediationsklauseln für zulässig erachtet. Zwingend ist das allerdings nicht. Denn bei den dem Beschluss zugrundeliegenden Rechtsschutzbedingungen handelte es sich um Kostenregelungen, die der Rechtsschutzversicherer im Rahmen des § 125 VVG frei treffen kann. Der Rechtsschutzversicherer ist nicht Partei des Mediationsverfahrens und hat allenfalls aus Kostengründen ein Interesse daran, dass der Konflikt im Rahmen des Mediationsverfahrens beigelegt wird, um gerichtliche Kosten zu vermeiden. Behält er sich vor, nur die Kosten eines von ihm ausgewählten Mediators zu übernehmen, belässt er seinem Vertragspartner dennoch die Möglichkeit, einen anderen Mediator zu beauftragen. Diese Möglichkeit hat der Vertragspartner des Unternehmers, der für gemeinsame Konflikte den Mediator selbst auswählen möchte, nicht.

Behält sich ein Unternehmer die Auswahl vor, kann er potentiell Einfluss auf den Verfahrensgang in einer Mediation nehmen, an der er selber beteiligt ist, und diese zu seinen Gunsten steuern. Eine solche einseitige Einflussnahme widerspricht dem Mediationsverfahren. Aus der Entscheidung des BGH kann demnach nicht geschlossen werden, dass das einseitige Auswahlrecht formularmäßig generell zulässig ist. Umgekehrt greift es zu kurz, die gesamte Klausel wegen des einseitigen Auswahlrechts für unzulässig zu erklären. Zuzustimmen ist der Ansicht, dass in diesem Fall nur die Regelung bezüglich des Mediators unwirksam ist und an die Stelle der unwirksamen Klausel die gesetzlichen Vorschriften des §§ 3, 2 Abs. 1 MediationsG rücken. <sup>1275</sup> Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Parteien im Mediationsverfahren

---

<sup>1273</sup> BGH Beschl. v. 14.1.2016 – I ZR 98/15 Rn. 19, BeckRS 2016, 4378 verweist auf Wagner/Eidenmüller in Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 1, Rn. 14.

<sup>1274</sup> BGH Beschl. v. 14.1.2016 – I ZR 98/15, Rn. 6 f., BeckRS 2016, 4378, dazu Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, D., Rn. 289.

<sup>1275</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 52.



keine Möglichkeit der gerichtlichen Schiedsrichterbestellung nach § 1034 Abs. 2 ZPO haben. Gerade zwischen Unternehmern ist es ausreichend, wenn an die Stelle der einseitigen Auswahl ein gemeinsames Auswahlrecht tritt. Dieses umfasst auch die Option, einen Dritten entscheiden zu lassen, ähnlich wie bei einer gesetzlichen Schiedsrichterbestellung. Um der Option einer gänzlich unwirksamen Mediationsklauseln zu entgehen, ist aber anzuraten, auf eine einseitige Benennung eines Mediators oder ein einseitiges Benennungsrecht durch den Verwender zu verzichten.

Dem OLG Frankfurt a.M. ist in seiner Erwägung zuzustimmen, dass es ausreicht, wenn sich die Mediationsparteien über die Person eines von einem Dritten oder dem Verwender vorgeschlagenen Mediators einigten.<sup>1276</sup> Demnach kann ein einseitiges Vorschlagsrecht des Verwenders in Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen werden, solange die Letztentscheidung über die Auswahl von beiden Parteien gemeinsam erfolgt.

### **3. Ermächtigung zu Lösungsvorschlägen**

Vereinzelte sind in den Mediationsordnungen Regelungen zu finden, die die fehlende Entscheidungsbefugnis des Mediators dahin gehend relativieren, dass die Parteien den Mediator zu Lösungsvorschlägen ermächtigen können.<sup>1277</sup> Das könnte in Widerspruch zu § 1 Abs. 1 und 2 MediationsG stehen, die die Eigenverantwortlichkeit der Parteien bei der Lösungsfindung und die damit einhergehende fehlende Entscheidungsbefugnis des Mediators vorsehen. Durch einen Lösungsvorschlag könnten den Parteien eine bestimmte Lösung nahegelegt werden und diese in ihrer privatautonomen Entscheidungsfindung beeinflussen. Wesentlicher Inhalt der Eigenverantwortlichkeit ist, dass die Parteien die Verantwortung für den Konflikt und für den Inhalt des Verfahrens selbst tragen. Sie geben die Themen für die Mediation vor, arbeiten mithilfe des Mediators Interessen und Lösungsoptionen heraus und entscheiden dann selbst, zu welcher Abschlussvereinbarung sie gelangen.<sup>1278</sup> Eine Übertragung der Entscheidungskompetenz auf den Mediator ist nach der Gesetzesbegründung nicht möglich<sup>1279</sup>, so dass der Mediator durch Parteivereinbarung nicht zu einer Entscheidung ermächtigt werden kann. Eine Ermächtigung des Mediators zu Lösungsvorschlägen war vor Inkrafttreten des MediationsG

---

<sup>1276</sup> OLG Frankfurt am Main vom 9.4.2015 – 6 U 110/14, GRUR 2015, 919, 921, Rn. 31.

<sup>1277</sup> Interessant: § 3 3.4. DIS-Mediationsordnung: „Er kann auf einvernehmlichen Wunsch aller Parteien Vorschläge zur Lösung des Streitfalles unterbreiten.“; § 10 Abs.5 eucon-Verfahrensordnung.

<sup>1278</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 1, Rn. 15.

<sup>1279</sup> BT-Drs.: 17/5335, S. 14.

umstritten.<sup>1280</sup> Gegen eine solche Ermächtigung spricht, dass die Grenze zwischen Mediationsverfahren und Schlichtungsverfahren dadurch verschwimmt. Das Schlichtungsverfahren zeichnet sich gegenüber Mediations- und Schiedsverfahren gerade durch die unverbindlichen Lösungsvorschläge des Schlichters aus. Vertreten wird in der Literatur aber mittlerweile zu recht die Ansicht, dass eine Ermächtigung des Mediators zur Unterbreitung von unverbindlichen Lösungsvorschlägen durch die Parteien als Ausdruck ihrer Eigenverantwortlichkeit möglich sein muss.<sup>1281</sup> Das gilt jedenfalls, wenn die Parteien sich frei entscheiden können, ob sie dem Vorschlag folgen.<sup>1282</sup> Denn das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit umfasst auch die Entscheidung der Parteien, wie sie zu ihrer Lösung gelangen, solange diese nicht von außen vorgegeben wird. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs unterstreicht das Erfordernis der Eigenverantwortlichkeit die Bedeutung der Autonomie der Parteien in der Mediation.<sup>1283</sup> Als „Herren des Verfahrens“ sollte es ihnen deshalb möglich sein, selber darüber zu entscheiden, ob sie Anregungen für Lösungen erhalten wollen.

#### **4. Kostenregelungen**

Die Durchführung eines Mediationsverfahrens ist mit Kosten verbunden. Zu den Kosten der Mediation gehören z.B. die Vergütung des Mediators, die Kosten eines Gutachters, für die Raummiete, die Aufwendungen für die An- und Abreisekosten und für Material sowie Kommunikation.<sup>1284</sup> Die privaten Auslagen der Parteien, etwa für an der Mediation beteiligte eigene Rechtsanwälte, gehören grundsätzlich nicht dazu.<sup>1285</sup> Bei der Unterstützung durch eine Mediationsinstitution fallen darüber hinaus weitere Kosten in Form von Registrierungs-, Antrags- und Verfahrensgebühren oder Vorschüssen an. Das Mediationsgesetz regelt die Kostentragung bei Mediationsverfahren nicht. Mangels gesetzlicher Regelung enthalten die Verfahrensordnungen der institutionellen Anbieter mehr oder weniger differenzierte Regelungen zur Kostentragung.

---

<sup>1280</sup> Gegen ein Lösungsvorschlagsrecht: Becker/Horn, SchiedsVZ 2006, S. 270; für ein Lösungsvorschlagsrecht auf ausdrücklichen Wunsch der Parteien: Breidenbach/Peres, SchiedsVZ 2010, S. 125, 127.

<sup>1281</sup> Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 1, Rn. 25.

<sup>1282</sup> Ebenso Hagel, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 1, Rn. 25.

<sup>1283</sup> BT-Drs.: 17/5335, S. 14.

<sup>1284</sup> Steffek, ZEuP 2013, 528, 540 f.

<sup>1285</sup> Eine solche Erstattung der Auslagen sei „der Mediation fremd“, Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 171.

Nahezu alle Mediationsordnungen bzw. Musterklauseln sehen vorbehaltlich anderslautender Parteivereinbarungen vor, dass die Parteien die Kosten zu gleichen Teilen tragen.<sup>1286</sup> Solche Kostenvereinbarungen sollen Befürchtungen der Parteien vermeiden, die Kosten der Mediation am Ende alleine tragen und dann nach den Grundsätzen des Gesamtschuldnerausgleichs bei der anderen Konfliktpartei eintreiben zu müssen.<sup>1287</sup>

Gegenüber dem Mediator haften die Parteien als Gesamtschuldner.<sup>1288</sup> Teilweise wird die Kostentragung auf den Zeitraum bis einschließlich der ersten Mediationsverhandlung eingegrenzt – über die weitere Aufteilung der Kosten wird dann zu diesem Zeitpunkt neu verhandelt<sup>1289</sup>. Ausgenommen davon sind teilweise die individuellen Auslagen der Parteien.<sup>1290</sup> Die gleiche Aufteilung der Vergütung des Mediators soll dessen Neutralität mit Blick auf die Entlohnung sichern.<sup>1291</sup> Nur teilweise regeln die Verfahrensordnungen, wie die Vorschüsse auf die Mediationskosten zu zahlen sind.<sup>1292</sup>

Beginnt die Mediation mit einem Antrag einer Partei bei einer Mediationsinstitution, ist mit der Antragsstellung meist die Entrichtung einer Registrierungs- oder Antragsgebühr sowie gegebenenfalls einer Verfahrensgebühr verbunden.<sup>1293</sup> Genauer ist teilweise im Anhang der Verfahrensordnung oder einer separaten Gebühren- und Honorarordnung geregelt.<sup>1294</sup> Der Antrag wird erst bearbeitet, wenn die Registrierungsgebühr beglichen ist.<sup>1295</sup> Teilweise ist darüber hinaus nach Empfang des Antrags noch die Zahlung einer „Vorschusses“ zur Deckung der Verwaltungskosten der Institution, der Honorare und Auslagen des Mediators vorgesehen.<sup>1296</sup> Nach Beginn des Mediationsverfahrens sind unter Umständen erneut Anzahlungen zur Deckung der Verwaltungsgebühren sowie das Honorar und die Auslagen des Mediators zu bezahlen.<sup>1297</sup> Eine Nichtzahlung berechtigt die Institution zur Aussetzung oder Beendigung des Verfahrens.<sup>1298</sup>

---

<sup>1286</sup> Art.6 Abs. 6 ICC-Mediations-Regeln; § 8 Abs.2 BMWa- Verfahrensordnung; § 15 EUCON-Mediationsordnung; Abs. 3 der „Schlichtungsklausel“ des BMEV; Abs.8 DGMW- Klausel Langfassung; § 11 DIS-Mediationsordnung.

<sup>1287</sup> Hacke, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 3, Rn. 53.

<sup>1288</sup> § 8 Abs.3 BMWa- Verfahrensordnung;

<sup>1289</sup> Abs.6 der Mediationsklausel von Hund v. Hagen, Formularbuch Recht und Steuern, A.13.02.

<sup>1290</sup> Art.6 Abs. 7 ICC-Mediations-Regeln; § 11 DIS-Mediationsordnung.

<sup>1291</sup> Steffek, ZEuP 2013, S. 528, 541.

<sup>1292</sup> Artikel 6 Abs.6 ICC-Mediations-Regeln; § 11.3 DIS-Mediationsordnung.

<sup>1293</sup> Art.2 Abs.2; § 15 Abs.1 EUCON-Mediationsordnung; § 11 DIS- Mediationsordnung.

<sup>1294</sup> ICC-Mediations-Regeln, Anhang Honorare und Kosten; Eucon Gebühren- und Honorarordnung; Kostentabelle für DIS- Mediationsverfahren.

<sup>1295</sup> Art.2 Abs.2 ICC-Mediations-Regeln.

<sup>1296</sup> Art.6 Abs. 2 ICC-Mediations-Regeln.

<sup>1297</sup> Art.6 Abs. 3 ICC-Mediations-Regeln; § 15 Abs.4 EUCON-Mediationsordnung.

<sup>1298</sup> Art.6 Abs. 4 ICC-Mediations-Regeln.

Grundsätzlich sind Kostenregelungen zulässig. Die Parteien können grundsätzlich selbst entscheiden, wie sie die Kosten tragen und aufteilen wollen.<sup>1299</sup> Üblich ist die hälftige Aufteilung der Kosten, zum Ausgleich wirtschaftlicher Ungleichgewichte können aber auch andere Absprachen getroffen werden.<sup>1300</sup>

Kostenregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen können in Einzelfällen problematisch sein. Scheitert ein Mediationsverfahren, haben die Konfliktparteien die Möglichkeit, ihre Rechte in einem gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahren durchzusetzen. Zu den Kosten des Mediationsverfahrens kommen dann gegebenenfalls noch die Kosten für dieses Verfahren hinzu. Sind schon die Kosten für das Mediationsverfahren so hoch, dass der Adressat von einer gerichtlichen Durchsetzung seiner Positionen abgehalten und damit faktisch der Rechtsweg erschwert wird, kann eine formularmäßige Beteiligung des Vertragspartners an den Mediationskosten unzulässig sein, wenn ihm ein Großteil der Kosten auferlegt wird.<sup>1301</sup> Generell unzulässig sind derartige Regelungen, wie es teilweise im Hinblick auf Verbraucher angenommen wird<sup>1302</sup>, aber gegenüber Unternehmern nicht.

Zulässig sind Klauseln, die im Verhältnis zum Streitwert geringfügige oder angemessene Kosten vorsehen oder die Kosten zwischen den Vertragspartnern teilen, da das Mediationsverfahren auch für die Parteien vorteilhaft sein kann.<sup>1303</sup> Auch liegt in der Verpflichtung zur Zahlung eines Kostenvorschusses noch keine unangemessene Benachteiligung.<sup>1304</sup> Zulässig ist auch die Regelung, über die Kostenverteilung erst im Mediationsverfahren selbst zu entscheiden.<sup>1305</sup> Eine an § 91 ZPO angelehnte Kostentragungsregel ist aber nicht möglich<sup>1306</sup>, da diese sich an Grundsätzen des Gewinnens und Unterliegens orientiert, die der Mediation wesensfremd sind. Für den Fall, dass eine Vereinbarung über die Kosten nicht zustande kommt, kann formularmäßig zumindest die Kostentragung für die erste Sitzung geregelt werden.<sup>1307</sup>

---

<sup>1299</sup> Steffek, ZEuP 2013, S. 528, 541.

<sup>1300</sup> Nelle/Hacke, ZKM 2002, S. 257, 259; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 171; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 332; Greger/v.Münchhausen, § 17, Rn. 465.

<sup>1301</sup> Ähnlich Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 44; entsprechend zu Schiedsklauseln: Hanefeld/Wittinghofer SchiedsVZ 2005, S. 217, 227; Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 58; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 54; so für Verbraucher: Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 307, Rn. 272.

<sup>1302</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 57, 58; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 340; Engel/Hornuf SchiedsVZ 2012, S. 26, 28; ähnliche Bedenken äußert Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 36.

<sup>1303</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 55; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 44; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 332.

<sup>1304</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 332; Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 55; offengelassen von BGH NJW 1977, 2263, 2264 zu einer Schlichtungsklausel; Greger/v.Münchhausen, § 17, Rn. 465.

<sup>1305</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 332.

<sup>1306</sup> Ebenso Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 56.

<sup>1307</sup> Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 56.

Unangemessene Kostenregelungen sind von den sonstigen Regelungen der Mediationsklausel abtrennbar und führen demnach nicht zur Unwirksamkeit der Klausel insgesamt.<sup>1308</sup>

---

<sup>1308</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung MediationsG, § 1, Rn. 185.

## Teil 5: Durchsetzung der Mediationsklausel

Im Idealfall halten sich die Konfliktparteien an die Mediationsklausel und führen ein Mediationsverfahren erfolgreich durch. Es ist aber durchaus denkbar, dass eine Partei, die sich im konstruktiven Klima des Vertragsschlusses freiwillig und verbindlich an die Durchführung eines Mediationsverfahrens gebunden hat, im Konfliktfall die Einleitung oder dessen Durchführung erschwert oder ganz verweigert. Sie kann Mitwirkungshandlungen unterlassen, zum Beispiel einen Mediator auszusuchen oder den Kostenvorschuss zu zahlen. Das Verfahren beginnt auch dann nicht, wenn die Partei nicht zu den Terminen erscheint oder direkt Klage zur Durchsetzung der Vertragspflichten erhebt. Für die „mediationstreue“ Partei stellt sich dann die Frage, welche Möglichkeiten zur Durchsetzung der Pflichten aus der Mediationsklausel bestehen und ob bereits bei der Gestaltung der Mediationsklausel Maßnahmen zur Steigerung der Vertragstreue vorgesehen werden sollten.

Bei der Durchsetzung der Mediationspflichten muss einerseits zwischen den verschiedenen Pflichten aus der Mediationsklausel, andererseits zwischen indirekten und direkten Durchsetzungsmechanismen differenziert werden. Der Kern jeder präventiven Mediationsvereinbarung ist die Erklärung der Parteien, vor Klageerhebung zunächst gemeinsam ein Mediationsverfahren mit dem Ziel einer einvernehmlichen Streitbeilegung durchzuführen. Diese Erklärung beinhaltet zwei Elemente<sup>1309</sup>: Zum einen, eine als materiell zu qualifizierende Pflicht zur Mitwirkung am Mediationsverfahren, die wenigstens zur Teilnahme an der ersten Mediationssitzung<sup>1310</sup> und anderen Mitwirkungshandlungen bei der Einleitung des Mediationsverfahrens verpflichtet.<sup>1311</sup> Theoretisch ist zur direkten Durchsetzung dieser Pflichten eine auf Erfüllung gerichtete Leistungsklage oder ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes denkbar. Auch die Festsetzung einer Vertragsstrafe oder die Vereinbarung einer pauschalen Schadensersatzsumme sind indirekte Mittel zur Förderung der Vertragstreue. Ebenso kann eine drohende Haftung für den Vertragsbruch die Verhandlungsbereitschaft der Parteien fördern und

---

<sup>1309</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 80; „janusköpfige Rechtsnatur“: Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 472.

<sup>1310</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 80; a.A. Fischer: Parteien sind zur Teilnahme an jeder Phase verpflichtet, diese Pflicht ist allerdings nicht durchsetzbar, in: Haft/v.Schlieffen, § 25, Rn. 47.

<sup>1311</sup> Die Literatur ist sich uneinig, welche Mitwirkungspflichten aus der Mediationsklausel folgen. Aufgrund der Mediationsklausel schulden sich die Parteien nach hier vertretener Ansicht Mitwirkungshandlungen bezüglich der Einleitung des Mediationsverfahrens wie beispielsweise die Zahlung des Kostenvorschusses oder die Beteiligung an der Auswahl des Mediators. Ebenso besteht eine Teilnahmepflicht dergestalt, dass die Parteien zur ersten Mediationssitzung erscheinen müssen. Eine umfassende Verhandlungspflicht in dem Sinne, dass die Parteien konstruktiv verhandeln und alles tun müssen, um zu einer Konfliktlösung zu kommen, ist abzulehnen. Siehe dazu ausführlich Teil 2, II., 2.

die Parteien davon abhalten, sich leichtfertig der Erfüllung der Mediationsvereinbarung zu widersetzen.<sup>1312</sup>

Zum anderen enthält die Mediationsvereinbarung die Erklärung, keine Klage zu erheben, solange keine Lösung im Rahmen des Mediationsverfahrens versucht wurde (Klageverzicht). Die Pflicht zur Mitwirkung am Mediationsverfahren wird dadurch um die Verpflichtung ergänzt, keine Klage zu erheben. Diese Pflicht ist anders als die Mitwirkungs- und Teilnahmepflichten als Unterlassungspflicht einzuordnen. Durch das Unterlassen von Mitwirkungshandlungen bei der Einleitung und Durchführung des Mediationsverfahrens verletzt die Vertragspartei ihre Mitwirkungs- und Teilnahmepflichten aus der Mediationsvereinbarung. In der abredewidrigen Klageerhebung<sup>1313</sup> liegt ein Verstoß gegen die durch den Klagbarkeitsausschluss begründete Unterlassungspflicht. Die Durchsetzung bzw. Befolgung dieser Pflicht sichert in erster Linie der Klagbarkeitsausschluss als indirekter Durchsetzungsmechanismus.

#### **I. Klagbarkeitsausschluss als indirekter Durchsetzungsmechanismus**

Der Klagbarkeitsausschluss führt nach zutreffender und überwiegender Ansicht im mediationsrechtlichen Schrifttum dazu, dass eine Klage ohne vorherige Durchführung einer Mediation als derzeit unzulässig abgewiesen wird.<sup>1314</sup> Schon diese drohende Klageabweisung wird den potentiellen Kläger in der Regel von einem Verstoß gegen seine Unterlassungspflicht (der abredewidrigen Klageerhebung) abhalten.<sup>1315</sup> Dadurch ist eine weitere Durchsetzung dieser Pflicht – etwa durch Unterlassungsklage – nicht notwendig. Auch ist wegen der drohenden Klageabweisung ein gegen den Kläger gerichteter Erfüllungsanspruch auf Einleitung des Mediationsverfahrens nicht erforderlich, da der Kläger seinen Anspruch ohne Durchführung des Mediationsverfahrens gar nicht durchsetzen könnte. Einer Klage des Beklagten auf Einleitung des Mediationsverfahrens fehlt daher das Rechtsschutzbedürfnis.<sup>1316</sup> Auch Vertragsstrafen werden als sinnlos eingeschätzt, da der Klageverzicht ohnehin zu einer Abweisung der Klage als unzulässig führe und insofern dem Beklagten kein Schaden entstehe.<sup>1317</sup>

---

<sup>1312</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 26; Hacke, ADR-Vertrag, S. 329.

<sup>1313</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 81.

<sup>1314</sup> Dazu ausführlich: Teil 3, I., 2., c).

<sup>1315</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 21.

<sup>1316</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 98.

<sup>1317</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 22.

Der Klageverzicht fördert zugleich die Erfüllung der Pflichten aus dem Hauptvertrag, da die gerichtliche Durchsetzung dieser Pflichten vor Durchführung des Mediationsverfahrens regelmäßig aufgrund des vereinbarten Klageverzichts scheitern wird. Indirekt wird so auch der Vertragspartner zur Erfüllung seiner Mitwirkungspflichten angehalten.<sup>1318</sup> Die Erfüllung der Mitwirkungspflichten wird außerdem dadurch gefördert, dass das ursprünglich durch den Klagbarkeitsausschluss begründete Prozesshindernis wegfällt, wenn der Vertragspartner seine Mitwirkungshandlungen unterlässt. Infolgedessen kann der mediationstreue Vertragspartner Klage erheben, ohne dass diese als unzulässig abgewiesen wird.<sup>1319</sup> Der Klagbarkeitsausschluss stellt damit bereits einen indirekten Durchsetzungsmechanismus für die aus der Mediationsklausel resultierenden Pflichten dar und erfüllt deshalb eine nicht zu unterschätzende Funktion bei der Durchsetzung der Vertragspflichten. Ohne die drohende Klageabweisung müsste die handlungsunwillige Partei keine Sanktionen fürchten, insbesondere drohte kein Versäumnisurteil wie bei gerichtlichen Verfahren, da der Mediator keine Befugnis zur Streitentscheidung hat.<sup>1320</sup>

Der Klageausschluss als indirekter Durchsetzungsmechanismus greift allerdings nur, wenn sich die Entscheidung des OLG Frankfurt, das eine Mediationsklausel als „bloße Förmerei“ wertete, nicht durchsetzt. Sollten Gerichte zukünftig Mediationsklauseln (und den mit diesen verbundenen Pflichten) ihre Verbindlichkeit absprechen, kann der Vertragspartner aus der Mediationsklausel selbst keine Rechte herleiten. Denkbar wäre allenfalls, dem Kläger den aus § 242 BGB abgeleiteten Grundsatz des „venire contra factum proprium“ entgegenzuhalten. Die Formulierung der Mediationsklausel kann diesen Einwand stützen. Im Gegensatz zu einer Abweisung der Klage als unzulässig ist diese Variante für den Beklagten verständlicherweise unbefriedigend.

## **II. Leistungsklage auf Erfüllung der Pflichten aus der Mediationsvereinbarung**

Offen bleibt die Frage, ob der mediationswillige Vertragspartner die Pflichten seines Vertragspartners aus der Mediationsvereinbarung gerichtlich einklagen kann. Der Klagbarkeitsaus-

---

<sup>1318</sup> Tochtermann, ZZPInt 11 (2006), S. 429, 471; Hacke, ADR-Vertrag, S. 328.

<sup>1319</sup> Durch die Gegeneinrede der Arglist: Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 218, 204; Zum Entfallen des Prozesshindernisses bei widersprüchlichem Verhalten: Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 89.

<sup>1320</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 24.



schluss steht dieser Klageerhebung nicht im Weg, da das ursprünglich durch den Klagbarkeitsausschluss begründete Prozesshindernis wegfällt, wenn der Vertragspartner Mitwirkungshandlungen unterlässt.

Da sich die Mitwirkungs- und Teilnahmepflichten nicht durch Handlungen eines Gerichts herbeiführen lassen, kommt nur eine Durchsetzung über Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche in Betracht.<sup>1321</sup> Eine entsprechende Leistungsklage wäre dann auf Erfüllung im Sinn der Vornahme der erforderlichen Mitwirkungs- bzw. Teilnahmehandlung oder auf Zahlung von Schadensersatz gerichtet. Die Annahme einer inhaltlichen Verhandlungspflicht ist abzulehnen, da diese weder sinnvoll bestimmt und infolgedessen auch nicht sinnvoll einzuklagen ist. Eine Partei kann lediglich die Mitwirkung bei der Auswahl des Mediators, die Zahlung eines Kostenvorschusses und die Teilnahme (und Bezahlung) an einer Mediationssitzung verlangen.<sup>1322</sup> Überwiegend wird in der mediationsrechtlichen Literatur lediglich die Durchsetzbarkeit einer Teilnahme- bzw. Mitwirkungspflicht thematisiert. Eine auf Durchsetzung dieser Pflicht gerichtete (Leistungs-)Klage ist nach überwiegender Ansicht in der Literatur theoretisch möglich.<sup>1323</sup> Teilweise wird eine solche Klage aber für sinnlos gehalten.<sup>1324</sup> Aufgrund der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit des Mediationsverfahrens solle der Vertragspartner nicht an den Verhandlungstisch gezwungen werden, den er sanktionslos wieder verlassen könne.<sup>1325</sup> Auch verhandlungstaktische Argumente werden genannt: Eine Mediation mit einem Gegner, der zur Teilnahme durch gerichtliches Urteil gezwungen wurde, sei in der Regel selten erfolgreich.<sup>1326</sup> Wenn der Partei die innere Bereitschaft fehle, sich auf die Mediation einzulassen, sei die erforderliche Offenheit nicht gerichtlich durchzusetzen.<sup>1327</sup> Berechtigterweise wird auch einge-

---

<sup>1321</sup> So für die „Verhandlungspflicht“ Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 96.

<sup>1322</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47: Insofern müsse unterschieden werden zwischen dem, was vertraglich geschuldet ist und dem, was wegen der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit nach § 3 Abs. 5 S.1 MediationsG tatsächlich verlangt werden könne.

<sup>1323</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 188; Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 23, sofern die Pflicht hinreichend bestimmt sei; mit Verweis auf das Schweizerische Recht; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 142; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 25; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47.

<sup>1324</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 214; kaum praxistauglich: Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 142. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 25 bezeichnet die Leistungsklage nur als „theoretische Möglichkeit“.

<sup>1325</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 25; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 188; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47; so im Ergebnis auch Kraft, VersR 2000, S. 935.

<sup>1326</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 143.

<sup>1327</sup> Günther/Hilber, in: Henssler/Koch, Mediation, § 15, Rn. 132.

wandt, dass häufig ökonomische und psychologische Erwägungen des Klägers gegen eine gerichtliche Durchsetzung sprechen<sup>1328</sup> und eine Durchsetzung schon wegen des damit verbundenen Zeitverlusts (erst die Leistungsklage, gefolgt von der Vollstreckung, anschließend das Mediationverfahren) und des drohenden Verjährungseintritts häufig nicht sinnvoll ist.<sup>1329</sup> Tatsächlich drängt sich angesichts des die Mediation prägenden Prinzips der Freiwilligkeit die Frage auf, welchen Sinn es macht, den Vertragspartner an den Verhandlungstisch zu zwingen, wenn das Prinzip der Freiwilligkeit den jederzeitigen Abbruch der Verhandlungen rechtfertigt. Die Parteien sind selbst für ihre Lösung verantwortlich, was voraussetzt, dass sie sich aktiv in das Verfahren einbringen. Eine klageweise erzwungene Teilnahme und Mitwirkung an der Mediation wirkt vor diesem Hintergrund psychologisch nicht förderlich und kaum erfolgversprechend.

Zwingend sind diese Einwände dennoch nicht. Berechtigterweise argumentieren Stimmen in der Literatur, dass eine einvernehmliche Lösung auch bei anfangs unwilligen Parteien gelingen könne.<sup>1330</sup> Zwang sei nicht immer fruchtlos, sondern könne auch heilbar sein.<sup>1331</sup> Die Chancen einer gütlichen Einigung werden damit zu einem Zeitpunkt erhöht, an dem die Parteien in der aufgeheizten Konfliktsituation oft nicht mehr an eine Konfliktlösung glauben.<sup>1332</sup> Es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass selbst ein zur ersten Mediationssitzung gezwungener Vertragspartner in der ersten Mediationssitzung wieder die Möglichkeit in Betracht zieht, zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen. Durch die jederzeitige Beendigungsmöglichkeit wird sichergestellt, dass die Entscheidung für eine solche Chance frei getroffen werden kann. Darüber hinaus müssen Vertragspartner, die gemeinsam eine verbindliche Mediationsklausel vereinbart haben, mit der Möglichkeit rechnen, dieser Verpflichtung auch nachkommen zu müssen. Andernfalls wäre die Vereinbarung eines alternativen Streitverfahrens gegenstandslos. Daran ändert auch die Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens nichts. Insofern ist der Einwand berechtigt, dass der Hinweis, ein Kontrahierungszwang sei der Mediation wesensfremd<sup>1333</sup>,

---

<sup>1328</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47.

<sup>1329</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 25; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 97, allerdings ohne damit den Erfüllungsanspruch zu verneinen; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 142.

<sup>1330</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47.

<sup>1331</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 23.

<sup>1332</sup> Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 90; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 23: „Zwang muß nicht immer fruchtlos, sondern kann bisweilen auch heilsam sein.“

<sup>1333</sup> Lenz/Berning/Trenzczek, in: Trenzczek/Berning/Lenz/Will, Kap. 4.4.2.1, Rn. 7.

den Kern des Problems nicht trifft, da die Parteien sich in der Mediationsabrede bereits vertraglich zur Mitwirkung an der Mediation verpflichtet haben.<sup>1334</sup> Schließlich macht es auch keinen Sinn, eine verpflichtende Wirkung der Mediationsklausel zu bejahen, eine gerichtliche Durchsetzung aber von vorneherein auszuschließen. Will man die Klausel nicht auf eine unverbindliche Absichtserklärung reduzieren, muss ein derartiger Verstoß Folgen haben, sonst ist die einstige Verpflichtung nicht nur wertlos, sondern widerspricht auch dem ursprünglichen bei Vertragsschluss gebildeten Willen der Parteien. Ob ein Vertragspartner eine Klage für sinnvoll hält, bleibt letztlich ihm überlassen und schließt die rechtliche Möglichkeit der Klageerhebung nicht von vorneherein aus.<sup>1335</sup>

Überzeugend ist das Argument, dass ohne eine Möglichkeit zur Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs eine Sanktionslücke entsteht<sup>1336</sup>: Der mediationsunwillige Vertragspartner könnte sich, ohne prozessuale Sanktionen fürchten zu müssen, weigern seine ursprüngliche Vertragspflicht zu erfüllen. Das Druckmittel des dilatorischen Klageverzichts greift hier nicht – es betrifft lediglich die Durchsetzung der Pflichten aus dem Hauptvertrag. Der mediationsunwillige Beklagte kann damit schlimmstenfalls verklagt werden, eine Konsequenz, die ihm auch ohne Mediationsklausel gedroht hätte. Auch die Zivilprozessordnung sieht keine Sanktionen vor, wenn jemand trotz einer solchen Absprache einen Rechtsstreit beginnt. Angedacht wird, ob § 93 ZPO, der dem Kläger die Prozesskosten auferlegt, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat und den Anspruch sofort anerkennt, „umgekehrt-analog“ anwendbar ist.<sup>1337</sup> Zu recht wird aber darauf hingewiesen, dass Gerichte § 93 ZPO bisher nicht in dieser Form angewendet haben. Auch diese Ansicht gibt zwar zu bedenken, dass ein Mediationsverfahren mit einem „widerspenstigen Beklagten“ kaum Erfolg hätte – die Erfüllungsansprüche seien aber im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchzusetzen.<sup>1338</sup> Der Beklagte hätte dann die Kosten des einstweiligen Rechtsschutzes zu tragen, was einen Anreiz darstellen könnte, sich zumindest nicht grundlos der Mediation zu entziehen.<sup>1339</sup>

---

<sup>1334</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25 Rn. 47.

<sup>1335</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47.

<sup>1336</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 99.

<sup>1337</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 99.

<sup>1338</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 97.

<sup>1339</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 99.

Ein Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich bei der Leistungsklage schon aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs.<sup>1340</sup> Nur in extremen Ausnahmefällen entfällt das Rechtsschutzbedürfnis, etwa wenn der Kläger unter keinen Umständen mit seinem Begehren einen schutzwürdigen Vorteil erlangen kann, weil eine Klage objektiv sinnlos ist.<sup>1341</sup>

Nur vereinzelt wird bei der Durchsetzung zwischen den verschiedenen Mitwirkungspflichten differenziert.<sup>1342</sup> Unterschieden wird zwischen der Durchsetzung der Nebenpflichten wie der gemeinsamen Beauftragung des Dritten, der Rückgabe von Dokumenten oder der Bereitstellung von Informationen und der Durchsetzung der für das Verfahren entscheidenden Vertragspflichten wie die Verpflichtung, eine Klage zu unterlassen, miteinander fair zu verhandeln und Verschwiegenheit zu wahren.<sup>1343</sup> In beiden Fällen sei eine Leistungsklage möglich, der Unterschied zwischen beiden Pflichten bestehe aber darin, dass sich die Nebenpflichten als vertretbare Handlungen notfalls mit den Zwangsmitteln der Zivilprozessordnung (§§ 894, 883 ZPO) durchsetzen ließen, die Vertragspflichten aber als unvertretbare Handlungen nur durch Zwangsgeld oder Zwangshaft nach § 888 ZPO durchgesetzt werden könnten.<sup>1344</sup> Diese seien aber in der Regel unverhältnismäßig und damit unzulässig.<sup>1345</sup> Dessen ungeachtet ist überaus fraglich, ob sich eine Partei durch Zwangsgelder zur konstruktiven Teilnahme an einer Mediation veranlassen lässt.<sup>1346</sup>

Die Durchsetzung zur Zahlung des Kostenvorschusses durch Erfüllungsklage ist ohne weiteres möglich, wenngleich sie sich richtiger Ansicht nach eher als Drohkulisse eignet: Wer zur Zahlung der erforderlichen Verfahrenskosten gezwungen worden sei, werde im Anschluss kaum kooperativ in der Mediation verhandeln. Die bloße Möglichkeit sei aber von Nutzen, da andernfalls eine Partei die Mediation durch bloße Nichtleistung zum Scheitern bringen

---

<sup>1340</sup> BGH BeckRS 2014, 13957 Rn. 17; BGH NJW 2011, 70 Rn. 19; BGH, NJW-RR 1993, 1129 [1130], und NJW 2010, 1135, 1136.

<sup>1341</sup> BGH NJW-RR 2016, 445 Rn. 12; BGH NJW 2013, 2906 Rn. 8; BGH NJW 1996, 2035, 2037; Bacher, in: BeckOK ZPO, § 253, Rn. 30.

<sup>1342</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, differenziert im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit zwischen den verschiedenen Mitwirkungspflichten, Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 140 ff.

<sup>1343</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 327 f.

<sup>1344</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 328, ebenso Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 142 unter Fn. 518 für die Verhandlungspflicht.

<sup>1345</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 328; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 143.

<sup>1346</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 25.

könne.<sup>1347</sup> Alternativ steht es der anderen Vertragspartei natürlich frei, die Kosten der anderen Partei zu übernehmen, um die Mediation zu ermöglichen. Das komme aber nur bei tatsächlicher Zahlungsunfähigkeit und weniger im Falle mutwilliger Verweigerung in Betracht.<sup>1348</sup> Eine Durchsetzung der Wahrheitspflicht durch Erfüllungsklage wird nicht thematisiert. Bei einer Verletzung soll aber ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 241 Abs. 2 BGB infrage kommen, der allerdings Beweisschwierigkeiten ausgesetzt ist.

### **III. Vertragsstrafen und pauschalierter Schadensersatz**

Ein Vertragspartner kann sich trotz Mediationsklausel weigern, ein Mediationsverfahren durchzuführen oder beispielsweise erforderliche Mitwirkungsschritte bei der Einleitung des Verfahrens unterlassen, ohne Sanktionen fürchten zu müssen. Im schlimmsten Fall wird er von seinem Vertragspartner verklagt. Da ihm diese Gefahr auch ohne Mediationsklausel droht, ist sie kein taugliches Druckmittel, um den Vertragspartner an seine Abrede zu binden. Die Zivilprozessordnung sieht keine Sanktionen für Parteien vor, die ein gerichtliches Verfahren provozieren, weil sie sich weigern, eine Mediation durchzuführen. Es droht weder ein Versäumnisurteil noch greift § 93 ZPO, der nur den Fall eines an einer außergerichtlichen Lösung nicht interessierten Klägers regelt.<sup>1349</sup>

Negative Anreize zur Mitwirkung am Mediationsverfahren können materielle Sanktionen wie Vertragsstrafen und pauschalierte Schadensersatzansprüche setzen.

Nach allgemeiner Ansicht in der mediationsrechtlichen Literatur können Vertragsparteien grundsätzlich Regelungen zu Vertragsstrafen und pauschliertem Schadensersatz treffen und dadurch Einfluss auf die mediationsunwillige Vertragspartei nehmen.<sup>1350</sup> Ein Teil der Literatur befürwortet den Einsatz derartiger Druckmittel: Die Strafe für den Fall der Missachtung der Mediationsklausel könne die Verhandlungsbereitschaft der Parteien fördern und die Parteien von einem allzu leichtfertigen Abrücken von der Vertragserfüllung abhalten. Sie fördere damit

---

<sup>1347</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 141.

<sup>1348</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 141 f.

<sup>1349</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 99, der aber eine „umgekehrt-analoge“ Anwendung des § 93 ZPO für denkbar hält, aber darauf hinweist, dass diese Möglichkeit von Gerichten bisher nicht vorgesehen wurde.

<sup>1350</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 216; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 100; v.Schubert, in: Schiffer, Schiedsgerichtsverfahren und Mediation, S. 268, Rn. 824; ohne weitere Begründung und rechtliche Anforderungen: Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 36.

indirekt die Durchsetzung der Pflichten aus der Mediationsklausel.<sup>1351</sup> Teilweise werden wegen dieser Anreizwirkung derartige Regelungen gegenüber einer gerichtlichen Durchsetzung zur Mitwirkung am Mediationsverfahren als vorzugswürdig angesehen.<sup>1352</sup>

Vertragliche Vertragsstrafen und pauschalisierte Schadensersatzregelungen erleichtern außerdem die Geltendmachung von Forderungen, die der einen Vertragspartei dadurch entstehen, dass sich die andere nicht an getroffene Absprachen hält. Gegenüber gesetzlichen Schadensersatzregelungen haben beide Regelungen den Vorteil, dass ein aufgrund einer zu vertretenden Pflichtverletzung entstandener Schaden nachweisunabhängig zu ersetzen ist, solange der Gläubiger die Pflichtverletzung nachweisen kann.<sup>1353</sup> Gegenüber gesetzlichen Schadensersatzvorschriften seien sie als Sanktionsmittel deshalb zweckmäßiger, weil hier Tatbestand und Rechtsfolge konkret festgelegt und den Parteien vor Augen geführt werden könnten.<sup>1354</sup> Die Schadensersatzlösung des § 280 BGB gebe nicht genug Anreize zur Einhaltung von Mediationsvereinbarungen.<sup>1355</sup> Dagegen könnten vertragliche Sanktionen Verstöße gegen die Mediationsvereinbarung verhindern, wenn der zu zahlende Betrag hoch genug sei.<sup>1356</sup>

Allerdings kann der Nachweis der Pflichtverletzung bei Mediationsklauseln schwierig sein, wenn sich die genauen Vertragspflichten nicht unmittelbar aus der Mediationsvereinbarung ergeben. Eine allgemeine Pflicht zur aktiven Verfahrensförderung ist zu unbestimmt.<sup>1357</sup> Vereinfacht wird der Nachweis, wenn die Pflichten und die die Vertragsstrafe oder die Pauschale auslösende Pflichtverletzung in der Mediationsklausel hinreichend konkret formuliert werden.<sup>1358</sup>

Als Schadenspauschale werden in der mediationsrechtlichen Literatur die Kosten des in der Streitsache zu führenden Rechtsstreits vorgeschlagen.<sup>1359</sup> Gerade bei hohen Streitwerten und

---

<sup>1351</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 329; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 214; andernfalls wäre die Mediationsvereinbarung nur eine reine „Goodwill- Erklärung: Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 21; Ulrici, in: BeckOGK BGB, § 339, Rn. 1; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 100.

<sup>1352</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 100.

<sup>1353</sup> „Ersatzfunktion“: Ulrici, in: BeckOGK BGB, § 339, Rn. 1, 87.

<sup>1354</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 145.

<sup>1355</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 103.

<sup>1356</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 26.

<sup>1357</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 145.

<sup>1358</sup> Zum Beispiel bei Töben, RNotZ 2013, S. 321, 331: „*Verletzt ein Beteiligter bei der Unterbreitung des Vorschlages [...] bzw. bei der nachfolgenden Betrauung des Mediators mit der Mediation seine Mitwirkungspflichten, ist von diesem Beteiligten eine Vertragsstrafe in Höhe von 250 € zu zahlen. Dies gilt nicht, wenn der Beteiligte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.*“

<sup>1359</sup> Diese Idee äußert erstmals Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 26; zustimmend Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 216: „*Erfüllt eine Partei die vorgenannten Pflichten*

einer langen Verfahrensdauer können die Gerichtskosten beträchtlich sein und sollten demjenigen aufgebürdet werden, der durch sein Zuwiderhandeln eine außergerichtliche Einigung im Mediationsverfahren verhindert habe. Diese „harsche Konsequenz“<sup>1360</sup> wird damit begründet, dass ein Großteil der Wirtschaftsmediationen zum Erfolg führe und damit Prozesskosten insgesamt vermieden würden.<sup>1361</sup>

Rechtliche Grenzen können sich in Individualverträgen aus den §§ 339 ff. BGB<sup>1362</sup> und § 138 Abs. 1 BGB<sup>1363</sup> ergeben. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind Schadenspauschalierungen und Vertragsstrafen gegenüber Unternehmern grundsätzlich zulässig, unterliegen aber einer strengen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.<sup>1364</sup> Das im Rahmen der Prüfung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB relevante gesetzliche Leitbild ergibt sich aus § 339 BGB und dem Mediationsgesetz. Entsprechend wird in der Literatur vertreten, dass eine Exkulpation von der Zahlungsverpflichtung unter Beachtung des Leitbildes aus § 339 S. 1 BGB möglich bleiben müsse.<sup>1365</sup> Außerdem müsse die Vertragsstrafe verhältnismäßig sein.<sup>1366</sup> Vereinzelt wird vertreten, dass Vertragsstrafen bei der Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten mit dem Grundgedanken der Freiwilligkeit unvereinbar und damit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam seien.<sup>1367</sup> Dem kann nicht gefolgt werden. Die Mitwirkungspflicht bezieht sich wegen der Freiwilligkeit und der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit des Mediationsverfahrens nämlich nicht auf die Teilnahme am gesamten Verfahren, sondern lediglich bei der ersten Sitzung. Insofern ist dem Prinzip der Freiwilligkeit schon genüge getan.<sup>1368</sup> Vertragliche Sanktionen fördern zwar die Mediationsbereitschaft, sie belassen dem Vertragspartner aber immer noch die Wahl, ob er an der Mediation teilnimmt. Überdies ist zu berücksichtigen, dass

---

*nicht oder nimmt sie nicht an der ersten Mediationssitzung teil, hat sie die Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen), die durch einen in dieser Sache geführten Prozess verursacht werden, unabhängig von dessen Ausgang zu tragen.“*

<sup>1360</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 26.

<sup>1361</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 26, spricht im Jahr 2003 von etwa zwei Dritteln aller Wirtschaftsmediationen.

<sup>1362</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 26; Friedrich, SchiedsVZ 2007, S. 31, 36.

<sup>1363</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 23 unter Fn. 67; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 145.

<sup>1364</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 26; Töben, RNotZ 2013, S. 321, 342; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 216.

<sup>1365</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 342; Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 309 Nr.6, Rn. 16.

<sup>1366</sup> Töben, RNotZ 2013, S. 321, 342; Wurmnest, in: MüKoBGB, Bd.2, § 309 Nr.6, Rn. 17; ähnlich schon Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 23.

<sup>1367</sup> Ohne weitere Begründung: Fehrenbach, in: BeckOGK BGB, § 307 Schlichtungsklausel, Rn. 58.

<sup>1368</sup> Grundsätzlich wird angenommen, dass es dem Verbraucher zumutbar ist, an der ersten Mediationssitzung teilzunehmen, Töben, RNotZ 2013, S. 321, 329.

eine Vertragsstrafe auf dem Willen der Vertragsparteien beruht. Wenn diese ihre Mediationsbereitschaft durch entsprechende Vertragsstrafen fördern wollen, muss ihnen das im Rahmen ihrer Privatautonomie zugestanden werden. Das gilt – zumindest im Hinblick auf Unternehmer – grundsätzlich auch bei Vertragsstrafen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die über einen Konsens der Vertragspartner Teil des Vertrags werden. Unangemessene Ausgestaltungen der Vertragsstrafe können darüber hinaus nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Als zulässig wird die formularmäßige Regelung beurteilt, die einer Partei bei der Verletzung von Vertragspflichten die Gerichtskosten unabhängig von dessen Ausgang auferlegt. Da Vertragsstrafen zwar den Nachweis des Schadens entbehrlich machen, nicht jedoch den Nachweis der Pflichtverletzung, sollten die Voraussetzungen für die Vertragsstrafe aber so konkret wie möglich bestimmt werden, zum Beispiel das Nichteinhalten bestimmter Fristen oder das Nichterscheinen zur Sitzung. Zu ungenau sind Formulierungen wie „ernsthaftes Bemühen um eine Einigung“.<sup>1369</sup>

Vertragsstrafen und pauschalierter Schadensersatz sind daher trotz Relativierung des Freiwilligkeitsprinzips in § 1 Abs. 1 MediationsG wegen des Grundsatzes der Privatautonomie im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern grundsätzlich zulässig. Auch erleichtern sie die Geltendmachung von Forderungen, die der einen Vertragspartei dadurch entstehen, dass sich die andere nicht an getroffene Absprachen hält. Für die Vereinbarung eines Mediationsverfahrens als solche könnten sie allerdings eine Hemmschwelle darstellen. Die Parteien (insbesondere Adressaten von Allgemeinen Geschäftsbedingungen) werden sich im Vorfeld eines Konflikts nur ungern derartigen Sanktionen unterwerfen. Psychologisch betrachtet macht es – ungeachtet des auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Rechtsverkehr erforderlichen Konsenses beider Vertragsparteien – einen Unterschied, ob man verbindlich einer Klausel über ein mit Kosten verbundenes (!) Mediationsverfahren für den Konfliktfall zustimmt oder zugleich einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung.

#### **IV. Leistungsklage zur Durchsetzung von gesetzlichen Schadensersatzansprüchen**

Statt einer auf Erfüllung der Vertragspflichten gerichteten Klage kommt auch eine Klage zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen in Betracht. Ein Schadensersatzanspruch kann

---

<sup>1369</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 216.



sich entweder aus dem Gesetz oder einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien ergeben. Als atypisches (Dauer-)Schuldverhältnis<sup>1370</sup> sind die §§ 280 ff. BGB als Anspruchsgrundlagen für Sekundaransprüche anwendbar.<sup>1371</sup> Auch § 628 Abs. 2 BGB ist bei Mediationsvereinbarungen grundsätzlich anwendbar<sup>1372</sup>, da dieser als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens auf alle Dauerschuldverhältnisse entsprechend anzuwenden ist<sup>1373</sup>. § 628 Abs. 2 BGB regelt aber nur eine Schadensersatzverpflichtung wegen einer Kündigung des Vertragsverhältnisses in pflichtverletzender Art und Weise und damit einen besonderen Fall von § 280 BGB.<sup>1374</sup>

### 1. Schadensersatzanspruch nach §§ 280 ff. BGB

Ein Schadensersatzanspruch nach den §§ 280 ff. BGB setzt neben einem bestehenden Schuldverhältnis eine vom Schuldner zu vertretene Pflichtverletzung voraus, die zu einem ersatzfähigen Schaden beim Gläubiger geführt hat. Der Nachweis einer Pflichtverletzung setzt wiederum einen bestimmbaren Pflichtenkreis voraus. Aus der Mediationsklausel geht jedoch in der Regel nicht genau hervor, welche Pflichten die Parteien haben. Bislang ist weder richterlich noch in der Literatur eindeutig geklärt, welche Pflichten aus der Mediationsklausel folgen.<sup>1375</sup> Teilweise wird lediglich festgestellt, dass der Haftungstatbestand im Normalfall erfüllt sei und die „Zu widerhandlung gegen eine Mediationsvereinbarung“ eine Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB darstelle.<sup>1376</sup> Angesichts des unklaren Pflichtenkatalogs bei Mediationsklauseln kann der Nachweis der Pflichtverletzung jedoch in Einzelfällen Schwierigkeiten bereiten. Verhältnismäßig leicht gelingt ein Nachweis der Pflichtverletzung bei der **Verletzung von Mitwirkungspflichten**. Nach der hier vertretenen Ansicht sind die Vertragsparteien in erster Linie zur Mitwirkung bei der Vorbereitung und Einleitung des Mediationsverfahrens sowie zu einer Teilnahme an der ersten Mediationssitzung verpflichtet.<sup>1377</sup> Im Unterlassen dieser Handlungen liegt eine Pflichtverletzung, die nachgewiesen werden kann. Das kann beispielsweise die fehlende Zahlung des Kostenvorschusses oder das Ausbleiben bzw. die Weigerung zur Teil-

---

<sup>1370</sup> Siehe Teil 2, I., 4., c).

<sup>1371</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 22; Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, § 26, Rn. 23; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 143; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47.

<sup>1372</sup> Lorenz, in: BeckOK BGB, § 314, Rn. 27.

<sup>1373</sup> Henssler, in: MüKoBGB, § 628, Rn. 50.

<sup>1374</sup> Müller-Glöge, in: ErfK, § 628 Rn. 47; Henssler, in: MüKoBGB, Bd.4, § 628, Rn. 50.

<sup>1375</sup> Siehe Teil 2, II., 2.

<sup>1376</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 101.

<sup>1377</sup> Siehe Teil 2, II., 2.

nahme an der ersten Sitzung sein. Auch aktives Handeln kann eine Verletzung der Mitwirkungspflicht darstellen, zum Beispiel, wenn eine Partei das Mediationsverfahren zur Ausforschung missbraucht<sup>1378</sup> oder unwahre Tatsachen vorträgt<sup>1379</sup>. Der Verstoß gegen Mitwirkungspflichten ist daher als Pflichtverletzung nach § 280 BGB zu qualifizieren.<sup>1380</sup> Nur selten wird eine Schadensersatzpflicht wegen Verzugs angenommen, wenn ein Vertragspartner der Teilnahmepflicht zumindest zu Beginn des Mediationsverfahrens nicht nachkommt.<sup>1381</sup>

Schwieriger ist der Nachweis bei einer **Verletzung der in ihrem Umfang sehr umstrittenen Verhandlungspflicht**.<sup>1382</sup> Der Nachweis hierüber kann kaum gelingen, da die Parteien nur zu Verhandlungsbemühungen und nicht zur Lösung des Konflikts verpflichtet sind.<sup>1383</sup> „Wer zu einem ernsthaften Verhandlungsversuch nicht bereit ist, wird immer Wege finden, seiner Verhandlungspflicht formal zu genügen, inhaltlich jedoch de facto nicht zu verhandeln.“<sup>1384</sup>

Mit einem ähnlichen Argument wird in der Literatur die **Nachweisbarkeit des Schadens** überwiegend verneint. Der Schaden wird grundsätzlich durch die Differenzhypothese ermittelt, vgl. § 249 Abs. 1 BGB, das heißt durch einen Vergleich der Vermögenslage bei hypothetischer Erfüllung der Vertragspflicht mit der tatsächlichen Vermögenslage. Regelmäßig ist das der Vergleich der Vermögenslage bei Nichtdurchführung der Mediation mit der Situation der hypothetischen Durchführung des Mediationsverfahrens.<sup>1385</sup> Schon dieser Vergleich ist schwierig, da die Mediationsvereinbarung nicht dazu verpflichtet, ein bestimmtes Ergebnis oder eine Einigung zu erzielen und ein Mediationsverfahren daher nicht zwangsläufig zum Erfolg führt. Es lässt sich nicht einmal nachweisen oder vermuten, dass in der Mediation eine vorteilhafte Einigung erreicht worden wäre<sup>1386</sup>. Damit scheidet der zwischen den Parteien umstrittene An-

---

<sup>1378</sup> Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 23; dazu auch Risse, NJW 2000, S. 1614, 1620: Unlautere Parteien könnten die Mediation strategisch zur Vorbereitung eines Gerichtsprozesses einsetzen, um sonst unzugängliche Informationen zu erhalten.

<sup>1379</sup> Verstoß gegen die allgemeine Verfahrensförderungspflicht: Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 147.

<sup>1380</sup> Ohne weitere Differenzierung: Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Streitbeilegung, § 1, Rn. 189; zustimmend Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47.

<sup>1381</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 25. und Fn. 39, noch nach der im Jahre 2003 geltenden Verzugsvorschrift des § 284 BGB.

<sup>1382</sup> Materielle Verhandlungspflicht ist „gestaltlos“: Tochtermann, ZKM 2008, S. 89, 91.

<sup>1383</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 144.

<sup>1384</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 328.

<sup>1385</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 144.

<sup>1386</sup> So schon Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 25; ähnlich Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 22; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 144; Hacke, ADR-Vertrag, S. 332; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47.

spruch, der Inhalt des Mediationsverfahrens hätte sein sollen, als Maßstab für die Schadensberechnung aus.<sup>1387</sup> Auch lassen sich aus diesem Grund die Kosten eines anstatt des Mediationsverfahrens zu führenden Rechtsstreits nicht als Schadensposition geltend machen.<sup>1388</sup> Der gesetzliche Schadensersatzanspruch wird mangels Einigungspflicht daher auch als „stumpfes Schwert“ bezeichnet.<sup>1389</sup>

Aufgrund der Schwierigkeiten bei der Annahme eines Schadens sind lediglich die **frustrierten Aufwendungen gemäß § 284 BGB** ersetzbar.<sup>1390</sup> In der Regel sind das die Kosten, die eine Partei für eine erfolgreiche Einleitung und Vorbereitung des Mediationsverfahrens aufwenden musste und die sich durch die Weigerung der anderen Partei als unnütz erwiesen haben<sup>1391</sup>, zum Beispiel die Zahlung der Registrierungsgebühr beim vereinbarten Mediationsanbieter.<sup>1392</sup> Da Aufwendungen nach § 284 BGB nur „anstelle“ des Schadensersatzes statt der Leistung verlangt werden können, müssen die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches abgesehen von einem Schaden vorliegen.<sup>1393</sup>

Teilweise wird vertreten, dass einem Aufwendungsverlangen der Einwand der „Sowieso“-Kosten entgegengehalten werden kann, da die Kosten auch dann entstanden wären, wenn die Partei nur der Form nach an einer ersten Mediationssitzung teilgenommen hätte.<sup>1394</sup> Dagegen wird richtigerweise argumentiert, dass dieser Einwand nicht durchgreift, weil der wesentliche Zweck der Abrede darin besteht, die Parteien beim Mediator zusammenzuführen.<sup>1395</sup> Der Einwand der „Sowieso“-Kosten greift daher nicht.

Sollte der Nachweis einer Pflichtverletzung und eines Schadens gelingen, wird das **Vertretenmüssen wegen § 280 Abs. 1 S. 2 BGB** vermutet. Verschuldensmaßstab ist § 276 BGB, das heißt, der Schuldner hat Vorsatz und (jede) Form der Fahrlässigkeit zu vertreten.<sup>1396</sup> Der Anspruchsgegner kann sich aber durch den Nachweis entlasten, dass er die Pflichtverletzung

---

<sup>1387</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 102.

<sup>1388</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 102.

<sup>1389</sup> Ausführlich Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 22.

<sup>1390</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 22; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 25; Hacke, ADR-Vertrag, S. 332; Steffek, RabelsZ 74 (2010), S. 841, 852; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Streitbeilegung, § 1, Rn. 215; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 144; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 102.

<sup>1391</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 144.

<sup>1392</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Streitbeilegung, § 1, Rn. 215.

<sup>1393</sup> Unberath, in: BeckOK BGB, § 284, Rn. 1; Dornis, in: BeckOG BGB, § 284, Rn. 4.

<sup>1394</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 25; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 144 f., Bemerkung zu sowieso-Kosten unter Fn. 531.

<sup>1395</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Streitbeilegung, § 1, Rn. 215.

<sup>1396</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 331.

nicht zu vertreten hat. Eine Entlastung über § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird bei bewussten Verstößen gegen die Mediationsvereinbarung regelmäßig nicht gelingen.<sup>1397</sup> Für den Einwand, die Wirksamkeit der Mediationsvereinbarung schuldlos verkannt zu haben, gelten die strengen Regeln der Rechtsprechung hinsichtlich der Entlastung eines Rechtsirrtums.<sup>1398</sup> Eine analoge Anwendung der Verschuldensbeschränkung der §§ 708, 277 BGB auf eine *diligentia quam in suis* ist ausgeschlossen, da durch die Mediationsvereinbarung keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet wird.<sup>1399</sup> Die Haftungserleichterung hat ihre Ursache in dem gesteigerten Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander und damit genau in dem Umstand, der der ADR-Vereinbarung zur Qualifizierung der Gesellschaft fehlt.<sup>1400</sup> Eine Haftungsmilderung, weil die Parteien sich ohne Vergütung zur Mitwirkung am Mediationsverfahren verpflichten, wird abgelehnt.<sup>1401</sup>

Wegen der oben genannten Schwierigkeiten beim Nachweis der Pflichtverletzung und des Schadens scheidet ein Schadensersatzanspruch aber in der Regel aus. Vor diesem Hintergrund haben vertragliche Vereinbarungen wie Vertragsstrafen oder pauschalierter Schadensersatz eine besondere Bedeutung.

## **2. Schadensersatzanspruch analog § 628 Abs. 2 BGB**

§ 628 Abs. 2 BGB sieht für Dienstverhältnisse einen Schadensersatzanspruch vor, wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlasst wurde und durch die Aufhebung des Dienstvertrages ein Schaden entstanden ist. Als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der auf alle Dauerschuldverhältnisse entsprechend anzuwenden ist<sup>1402</sup>, ist die Vorschrift damit auch bei Mediationsvereinbarungen grundsätzlich analog anwendbar. Wie oben erörtert, kann jede Vertragspartei die Mediationsklausel aus wichtigem Grund kündigen.<sup>1403</sup> § 314 Abs. 4 BGB stellt klar, dass das Recht, Schadensersatz zu verlangen, durch die Kündigung nach § 314 BGB nicht ausgeschlossen wird.

---

<sup>1397</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 101.

<sup>1398</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 101 mit Verweis auf BGH NJW-RR 1990, 160.

<sup>1399</sup> So im Ergebnis auch Hacke, ADR-Vertrag, S. 331.

<sup>1400</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 331.

<sup>1401</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 47.

<sup>1402</sup> Henssler, in: MüKoBGB, Bd.4, § 628, Rn. 50; Müller-Glöge, in: ErfK, § 628 Rn. 14b, siehe auch die Entscheidung des Reichsgerichts, wonach ein Gesellschafter, der durch sein vertragswidriges Verhalten zur Kündigung veranlasst hat, den anderen Gesellschaftern den daraus entstehenden Schaden ersetzen muss, RGZ 89, 398, 400.

<sup>1403</sup>

Weil sich § 628 Abs. 2 BGB nur auf eine bestimmte Folge der vertraglichen Pflichtverletzung, nämlich die Kündigung des Vertragsverhältnisses, konzentriert, regelt die Vorschrift einen besonderen Fall der Schadensersatzhaftung wegen Pflichtverletzung aus § 280 BGB.<sup>1404</sup> Wegen seiner Spezialität erfasst § 628 Abs. 2 BGB alle Schäden, die durch die vorzeitige Beendigung der Mediationsklausel entstanden sind. Soweit die Spezialität des § 628 Abs. 2 BGB reicht, soll ein Anspruch aus Auflösungsverschulden nach § 280 nicht in Betracht kommen.<sup>1405</sup> Schäden, die nicht durch die vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses verursacht worden sind (z.B. die Kosten einer notwendigen Rechtsberatung des Kündigenden), sind dagegen ausschließlich über § 280 BGB ersatzfähig.<sup>1406</sup> Hat der Kündigungsgegner durch ein vertragswidriges Verhalten, das heißt die Verletzung seiner vertraglichen Pflichten, den wichtigen Grund für die Kündigung in zu vertretender Weise geschaffen, kann er wegen des „Auflösungsverschuldens“ unter den Voraussetzungen des § 281 BGB zu Schadensersatz statt der Leistung und damit zum Ersatz des „Kündigungsschadens“ verpflichtet sein.<sup>1407</sup>

Im Zusammenhang mit Mediationsklauseln wird der Schadensersatzanspruch analog § 628 Abs. 2 BGB nur sehr vereinzelt thematisiert. Ist die Kündigung der Mediationsklausel gerade durch ein vertragswidriges Verhalten der Partei veranlasst worden, hat die kündigende Partei nach § 628 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Ersatz des durch die Auflösung entstehenden Schadens.<sup>1408</sup> Ersetzt wird das positive Interesse, der Kündigende ist so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Verhandlungsführung der Gegenseite gestanden hätte.<sup>1409</sup> Hier ergeben sich dieselben Beweisschwierigkeiten für den Nachweis des Schadens wie bei den §§ 280 ff. BGB.

## **V. Kostenübernahme durch Rechtsschutzversicherungen?**

Gewerbliche Rechtsschutzversicherungen umfassen teilweise auch die Behandlung von Streitigkeiten aus gewerblichen Verträgen.<sup>1410</sup> Wenn eine Mediationsklausel entsprechende Ansprüche umfasst, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen der Klausel auf den Ablauf und die Kostenübernahme des Mediationsverfahrens.

---

<sup>1404</sup> Müller-Glöße, in: ErfK, § 628, Rn. 47; Henssler, in: MüKoBGB, Bd.4, § 628, Rn. 50.

<sup>1405</sup> Henssler, in: MüKoBGB, Bd.4, § 628, Rn. 50 m.w.N. aus der Arbeitsgerichtsbarkeit.

<sup>1406</sup> Henssler, in: MüKoBGB, Bd.4, § 628, Rn. 50.

<sup>1407</sup> Gaier, in: MüKoBGB, Bd.2, § 314, Rn. 24.

<sup>1408</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 330.

<sup>1409</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S. 331.

<sup>1410</sup> Siehe zum Beispiel die Allianz unter [www.business.allianz.de](http://www.business.allianz.de).

Der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) hat in seinen Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB) erstmals 2009 eine Musterklausel aufgenommen, durch die das Mediationsverfahren in den Leistungskatalog der Rechtsschutzversicherungen aufgenommen wurde.<sup>1411</sup> Nach derzeitigem Stand der ARB 2012 wird die Inanspruchnahme einer Mediation finanziell bis zu einem von der jeweiligen Versicherung gewählten Anteil unterstützt, der davon abhängig sein kann, ob die Versicherung selbst oder die Parteien den Mediator ausgewählt haben. Die Kostenübernahme kann für besondere Leistungsarten eingeschränkt werden. Außerdem wird klargestellt, dass lediglich die Kosten des Versicherten übernommen werden, die Kosten der nichtversicherten Partei trägt diese (bzw. deren Rechtsschutzversicherung) selbst.<sup>1412</sup> Viele Rechtsschutzversicherungen enthalten mittlerweile ähnliche Regelungen und unterstützen zum Zweck der Kostenminimierung die Inanspruchnahme eines Mediationsverfahrens. Teilweise sehen die Regelungen vor, dass die Kosten für die Mediation nur für einen vom Versicherer selbst ausgewählten Mediator getragen werden. Inwieweit derartige Regelungen von Rechtsschutzversicherungen zulässig sind, kann derzeit nicht verlässlich beantwortet werden. Die bereits im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle von Mediationsklauseln zitierte Entscheidung des LG Frankfurt a.M. wertete die Klausel als Verstoß gegen § 2 Abs. 1 MediationsG i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil dadurch die Auswahlfreiheit der Parteien bezüglich des Mediators eingeschränkt werde.<sup>1413</sup> Das OLG Frankfurt a.M. als Berufungsinstanz ließ offen, ob die Klauseln eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 MediationsG darstellen, weil sich der Versicherer die alleinige Auswahl des Mediators vorbehält. Unabhängig von der vorbehaltenen Auswahl des Mediators durch die Versicherung benachteiligten solche Klauseln den Verwender jedenfalls gemäß § 307 Abs. 1 BGB unangemessen, wenn für die außergerichtliche Interessenwahrnehmung überhaupt nur die Kosten für eine Mediation übernommen würden und die Übernahme von Anwaltskosten für die gerichtliche Interessenwahrnehmung von der vorherigen Durchführung eines Mediationsversuchs abhängig gemacht werde.<sup>1414</sup> Der mit der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision befasste BGH beschränkte sich auf die Feststellung, dass der Rechtsschutzversicherer die Gewährung von Rechtsschutz im Rahmen der nach § 125 VVG bestehenden Vertragsfreiheit von der vorherigen erfolglosen Durchführung

---

<sup>1411</sup> Ausführlich zu dieser Entwicklung Wendt, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, Teil 3, J., Rn. 12 ff.

<sup>1412</sup> 2.3.1.1 der ARB 2012 [Stand Januar 2019] unter [www.gdv.de](http://www.gdv.de).

<sup>1413</sup> LG Frankfurt a.M., Urteil vom 7.5.2014 – 2-06 O 271/13, Rn. 68, die Entscheidung erlangte keine Rechtskraft.

<sup>1414</sup> OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 9.4.2015 – 6 U 110/14, GRUR 2015, 919, Rn. 12.

eines Mediationsverfahrens abhängig machen kann. Das gelte auch dann, wenn der Schutzversicherer sich die Auswahl des Mediators vorbehalte.<sup>1415</sup>

---

<sup>1415</sup> BGH Beschluss vom 14.1.2016 – I ZR 98/15, Rn. 6 f., BeckRS 2016, 4378; „zulässige Leistungsbestimmung“: Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2, Rn. 5; Eberhardt, ZKM 2014, S. 83, 86; Röthemeyer, Urteilsanmerkung zur nicht rechtskräftig gewordenen Entscheidung des LG Frankfurt, Urteil vom 7.5.2014 – 2-06 O 271/139 ZKM 2014, S. 203 ff.; a.A. Jost, in einer Urteilsanmerkung zu BGH, Urteil vom 14.12.2013 – IV AR(VZ) 3/12, ZKM 2014, S. 28, 30.

## Teil 6: Beendigung der Mediationsklausel

Durch ihre Beendigung verliert die Mediationsklausel ihre Wirkung, d.h. es entfallen nicht nur die durch die Mediationsklausel entstandenen Mitwirkungspflichten, sondern auch die Klagbarkeitsbeschränkung. Für Vertragsparteien ist daher regelmäßig von Interesse, auf welche Weise die Mediationsklausel ihre Wirkung verlieren kann. Sofern die Parteien keine vertragliche Regelung zur Beendigung der Mediationsklausel getroffen haben (z.B. durch Bedingung oder Befristung), für die Beendigung und das Erlöschen von Mediationsvereinbarungen die Vorschriften des BGB.<sup>1416</sup> Möglich ist ein Erlöschen durch Erfüllung gemäß § 362 BGB, die einvernehmliche Aufhebung, die Kündigung und die Anfechtung nach §§ 116 ff. BGB<sup>1417</sup>. Für die Anfechtung nach §§ 116 ff. BGB gelten im Hinblick auf Mediationsklauseln keine Besonderheiten, weshalb diese nicht weiter vertieft wird. Aufgrund des Charakters der Mediationsvereinbarung als Dauerschuldverhältnis soll die Anfechtung aber nicht ex tunc, sondern nur ex nunc wirken.<sup>1418</sup> Näherer Erläuterung bedürfen allerdings die Erfüllung gemäß § 362 BGB, die einvernehmliche Aufhebung und die Kündigung der Mediationsklausel.

Die Erwägungen der Literatur zur Beendigung von Mediationsvereinbarungen beziehen sich in der Regel auf erst im Konfliktfall und unmittelbar vor Beginn des Mediationsverfahrens getroffene Absprachen. Diese Erwägungen können nur teilweise auf die Beendigung von Mediationsklauseln übertragen werden. Die Beendigung von Mediationsvereinbarungen wird häufig erst dann relevant, wenn ein Mediationsverfahren bereits eingeleitet ist. Mediationsklauseln werden dagegen präventiv vor Konfliktenstehung vereinbart. Entsprechend stellt sich die Frage nach der Lösung von Mediationsklauseln in aller Regel vor Beginn eines Mediationsverfahrens. Hat das Mediationsverfahren bereits begonnen, ergeben sich im Zusammenhang mit der Beendigung der Mediationsvereinbarung besondere Rechtsfragen, die sich bei Mediationsklauseln nicht stellen und daher auch nicht weiter vertieft werden. Dazu gehört beispielsweise die Frage, ob in der tatsächlichen Beendigung des Mediationsverfahrens auch eine

---

<sup>1416</sup> Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 76; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 193 ff.

<sup>1417</sup> Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn. 13; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 10; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 61; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 52; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, MediationsG, § 1, Rn. 219; Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 76; zur Anfechtung Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 198, Fn. 683; zur Anfechtbarkeit von Prozessverträgen Rauscher, in: MüKoZPO, Bd. 1, Einleitung, Rn. 415.

<sup>1418</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 199.



Beendigung der Mediationsvereinbarung liegt und welche Auswirkungen das auf den Mediatorvertrag hat. Die folgende Darstellung bisheriger Literaturerwägungen zur Beendigung von Mediationsvereinbarungen sind daher bewusst nur insoweit behandelt, als sie für die Beendigung von Mediationsklauseln Bedeutung besitzen.

### **I. Erlöschen der Mediationsklausel durch Erfüllung?**

Wie jedes Schuldverhältnis erlischt auch die Mediationsvereinbarung nach § 362 Abs. 1 BGB, wenn beide Parteien ihre Vertragspflichten vollständig bewirkt haben.<sup>1419</sup> Das Erlöschen bezieht sich immer nur auf den jeweiligen im Mediationsverfahren behandelten Streitgegenstand.<sup>1420</sup> Sofern aus dem Rechtsverhältnis, das der Mediationsklausel zugrunde liegt, weitere Streitigkeiten entstehen können, bleibt die Klausel insoweit wirksam.<sup>1421</sup>

Wann eine Partei ihre Vertragspflichten erfüllt hat, ist anders als bei typisierten Schuldverhältnissen bei Mediationsklauseln nicht einfach zu beantworten, da die aus der Mediationsklausel folgenden Vertragspflichten in der Regel nicht klar umrissen sind. Wie weit die Vertragspflichten der Parteien reichen, ist deshalb auch in der Literatur umstritten.

Von einer Erfüllung ist jedenfalls auszugehen, wenn das Mediationsverfahren durchgeführt wurde.<sup>1422</sup> Als Durchführung wird in der Literatur sowohl die erfolgreiche Beilegung des Konflikts samt Abschlussvereinbarung als auch der erfolglose Abbruch des Verfahrens verstanden.<sup>1423</sup> Das setzt allerdings voraus, dass das Mediationsverfahren zumindest begonnen hat. Zu diesem Zeitpunkt ist die Mediationsklausel aber regelmäßig durch den zu Beginn des Mediationsverfahrens getroffenen Mediationsvertrag ersetzt worden, der neben dem Auftrag an den Mediator eine (insofern erneute) Mediationsvereinbarung der Parteien enthält. Für diese Vereinbarung gelten dann die Erwägungen zur Beendigung für ad hoc-Mediationsvereinbarungen, die hier nicht weiter vertieft werden. Eine Erfüllung durch Durchführung des Mediationsverfahrens ist bei Mediationsklauseln deshalb regelmäßig nicht relevant.

---

<sup>1419</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 53.

<sup>1420</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 53; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 197; Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 76; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 193 ff.

<sup>1421</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 74; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 53; Fischer, Das neue Mediationsgesetz, S. 76 f.

<sup>1422</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 74; ähnlich schon Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 24.

<sup>1423</sup> Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 53; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 196 f.; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 74.

Im Zusammenhang mit Mediationsklauseln ist die Frage von Interesse, ob sich die Parteien auch vor Beginn des Mediationsverfahrens durch Erfüllung ihrer Pflichten von der Mediationsklausel lösen können. Nach der hier vertretenen Ansicht bestehen die Vertragspflichten der Parteien zu diesem Zeitpunkt überwiegend in Mitwirkungspflichten bezüglich der Einleitung des Verfahrens. Eine Teilnahmepflicht besteht wegen der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit aus § 2 Abs. 5 MediationsG und dem Prinzip der Freiwilligkeit (§ 1 Abs. 1 MediationsG) nur im Hinblick auf die erste Mediationssitzung. Kommen die Parteien beiden Pflichten nach, ist von einer Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB auszugehen und die Mediationsklausel erlischt – unabhängig vom weiteren Verfahrensverlauf.

## **II. Einvernehmliche Aufhebung der Mediationsklausel**

Die Beendigung der Mediationsklausel durch einvernehmliche Aufhebung ist wegen der den Parteien zustehenden Privatautonomie durch eine formlose ausdrückliche oder konkludente Aufhebungsvereinbarung möglich.<sup>1424</sup> Aus Beweisgründen ist eine schriftliche Vereinbarung vorteilhaft. Sofern der Wille der Parteien zur Aufhebung nicht ausdrücklich geäußert oder keine eindeutige Formulierung gewählt wurde, sind die Willenserklärungen der Parteien auszulegen oder konkludente Handlungen der Parteien als Anhaltspunkte heranzuziehen.<sup>1425</sup> Als Angebot auf Aufhebung der Klausel werden im Schrifttum zum Beispiel die beharrliche Verweigerung der Mitwirkungspflichten durch eine Partei<sup>1426</sup> oder die abredewidrige Erhebung einer Klage durch einen Vertragspartner genannt. Dieses Angebot auf Aufhebung der Mediationsvereinbarung könne durch Einlassen auf die Klage ohne Erhebung der Einrede des Klageverzichts<sup>1427</sup> oder – wenngleich nicht zwingend – durch ein prozessuales Versäumnis der beklagten Partei<sup>1428</sup> angenommen werden. Auch ohne Entscheidung in der Sache entfaltet die Mediationsvereinbarung keine Wirkung mehr.<sup>1429</sup> Wenn das Gericht eine Entscheidung durch Sachurteil trifft, soll die Mediationsvereinbarung unabhängig davon, was vereinbart wurde, ihre Wirkung verlieren, weil sich der Streitstand dann auf anderem Wege erledigt habe.<sup>1430</sup>

---

<sup>1424</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 54; Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 197; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 193.

<sup>1425</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 54; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 193.

<sup>1426</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 193.

<sup>1427</sup> Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 197; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 194.

<sup>1428</sup> Vgl. Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 54.

<sup>1429</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 194 mit Verweis auf Schwab/Walter; Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 8, Rn. 5 für Schiedsvereinbarungen.

<sup>1430</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 195.

Ein Einlassen auf die Klage ohne die Mediationseinrede zu erheben ist nicht als Annahme eines Angebots zur Vertragsaufhebung zu sehen, wenn der Beklagte ohne eigenes Verschulden keine Kenntnis von der Mediationsvereinbarung hatte. Das ist bei der Rechtsnachfolge oder bei Verträgen zugunsten Dritter denkbar.<sup>1431</sup> Bei den hier in Rede stehenden Mediationsklauseln in Wirtschaftsverträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist das aber regelmäßig nicht anzunehmen.

Aufgrund einer bloßen Verzögerung des Verfahrens allein kann nicht auf einen Willen zur Lösung von der Mediationsklausel geschlossen werden, es müssen verschärfende Faktoren wie die bewusste und andauernde beidseitige Verletzung elementarer Vertragspflichten hinzukommen.<sup>1432</sup>

Als konkludente Aufhebung der Mediationsvereinbarung kann auch die Vereinbarung eines anderen Konfliktlösungsverfahrens gewertet werden, den Parteien wird allerdings empfohlen, die Unwirksamkeit der Mediationsvereinbarung dann klarzustellen.<sup>1433</sup> Sofern das andere Verfahren scheitert, ist davon auszugehen, dass die Mediationsvereinbarung fortbesteht.<sup>1434</sup>

### **III. Kündigung der Mediationsklausel**

Ein Rücktritt scheidet aufgrund der Qualifizierung der Mediationsklausel als Dauerschuldverhältnis aus, sodass nur eine Kündigung in Betracht kommt. Eine wirksame Kündigung setzt eine Kündigungserklärung sowie ein Kündigungsrecht voraus. Ist keine entsprechende Parteivereinbarung erfolgt, kommen von den Kündigungsrechten des BGB die ordentlichen Kündigungsrechte für typisierte Verträge und das allgemeine außerordentliche Kündigungsrecht für Dauerschuldverhältnisse nach § 314 BGB in Frage, wenn kein vertragliches Kündigungsrecht begründet wurde. Aufgrund der Qualifizierung der Mediationsvereinbarung als atypischer schuldrechtlicher Vertrag eigener Art scheidet die direkte Anwendung normierter ordentlicher Kündigungsrechte für typisierte Verträge allerdings aus. Insbesondere scheidet die direkte Anwendung von §§ 723, 726 BGB<sup>1435</sup> auf Mediationsvereinbarungen aus, da die Mediationsvereinbarung nicht mit der Interessenlage bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ver-

---

<sup>1431</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 194.

<sup>1432</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 194.

<sup>1433</sup> Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 197.

<sup>1434</sup> Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1, Rn. 197.

<sup>1435</sup> Konsequent Hutner, nach dessen Auffassung die Mediationsvereinbarung eine BGB-Innengesellschaft begründet, SchiedsVZ 2003, S. 226, 231.

gleichbar ist. Der BGH wendet §§ 624, 723 BGB auf Dauerverträge atypischen Inhalts entsprechend an.<sup>1436</sup> In der Literatur wird die Frage der ordentlichen Kündigung von Mediationsvereinbarungen nur vereinzelt thematisiert. Die entsprechende Anwendung des für Mediationsvereinbarungen lediglich in Frage kommenden § 723 BGB wird mangels vergleichbarer Interessenlage abgelehnt.<sup>1437</sup> Damit verbleibt als potentielle Kündigungsgrundlage aus dem BGB nur die Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB.

Diskutiert wird in der Literatur darüber hinaus, ob sich aus der Mediationsvereinbarung selbst, aus § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG bzw. aus dem Prinzip der Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens ein Kündigungsrecht herleiten lässt.

### **1. Kündigung aus wichtigem Grund, § 314 BGB**

Aufgrund der Qualifizierung der Mediationsvereinbarung als Dauerschuldverhältnis können die Parteien diese unter den Voraussetzungen des § 314 BGB jederzeit kündigen.<sup>1438</sup> Denn anders als im (schieds-)gerichtlichen Verfahren hat die andere Vertragspartei keine Möglichkeit zur einseitigen Durchführung des Mediationsverfahrens.<sup>1439</sup> Als zwingendes Recht<sup>1440</sup> kann das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB weder durch gemeinsame Parteivereinbarung noch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden<sup>1441</sup>. Für den nach § 314 BGB erforderlichen wichtigen Grund ist nach dem Gesetzeswortlaut entscheidend, ob dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Nach den Gesetzesmaterialien wird in Übereinstimmung mit § 626 Abs. 1 BGB darauf abgestellt, dass eine Abwägung der Interessen beider Vertragsteile notwendig ist, die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags für den Kündigenden also für sich allein nicht genügt.<sup>1442</sup>

---

<sup>1436</sup> BGH NJW 1972, 1128, 1129; NJW-RR 1993, 1460: allerdings nur, wenn das ordentliche Kündigungsrecht nicht durch vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen worden sei.

<sup>1437</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 55 unter Fn. 175.

<sup>1438</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 222; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 55; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 201; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 75; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 10.

<sup>1439</sup> Durch das Säumnisverfahren nach §§ 331ff. ZPO, Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 24.

<sup>1440</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 176.

<sup>1441</sup> Hacke, ADR-Vertrag, S.303; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S.201; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 55; BT-Drs. 14/6040, S. 176 mit Verweis auf BGH, NJW 1986, 3134.

<sup>1442</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 178.

Ein Konflikt aus dem Hauptvertrag ist kein ausreichender Grund, da die Mediationsklausel zu diesem Zweck geschaffen wurde.<sup>1443</sup> Als Grund für die Kündigung kommt deshalb nur eine Verletzung von Vertragspflichten aus der Mediationsklausel in Betracht. Allerdings wird wegen der gebotenen restriktiven<sup>1444</sup> Anwendung des § 314 BGB berechtigterweise vertreten, dass der Vertragspartner seine aus der Mediationsklausel resultierenden Pflichten so dauerhaft und nachhaltig verletzen müsse, dass das Mediationsverfahren praktisch undurchführbar und das Mediationsverfahren nicht mehr zu retten sei.<sup>1445</sup> Andernfalls würde man einer böswilligen Vertragspartei ermöglichen, sich aufgrund leichter Vertragsverletzungen des Vertragspartners von der verbindlichen Mediationsvereinbarung befreien zu können.<sup>1446</sup> Nicht jede Verletzung von Pflichten führt daher zu einem jederzeitigen Kündigungsrecht nach § 314 BGB. So besteht beispielsweise zwar eine Pflicht zum wahrheitsgemäßen Sachvortrag – eine bloße Pflichtverletzung des Vertragspartners allein reicht allerdings noch nicht aus, um eine Kündigung zu rechtfertigen. Hier muss das gleiche gelten wie bei der Schiedsvereinbarung – beim Schiedsvertrag berechtigt ein unwahrer Sachvortrag eine Partei laut BGH nicht zur Auflösung der Mediationsvereinbarung.<sup>1447</sup> Die Begründung für diese Entscheidung lässt sich auch bei Mediationsklauseln anführen: Selbst wenn im Mediationsverfahren eine auf Vertrag beruhende Wahrheitspflicht bestehen sollte, darf ihre Verletzung durch die eine Partei nicht dazu führen, daß die andere sich unter Berufung darauf von der Mediationsvereinbarung lossagt. Wer für den Konfliktfall ein Mediationsverfahren vereinbart, muss heftigen Auseinandersetzungen rechnen, in denen das Vorbringen der Parteien auch in tatsächlicher Hinsicht voneinander abweicht. Derartige Abweichungen können nicht zum Anlass genommen werden, die Fortsetzung des Verfahrens zu verweigern.<sup>1448</sup> Denn dadurch kann zwar das Vertrauensverhältnis der Medianten untereinander gestört werden, der Erfolg des Mediationsverfahrens wird dadurch jedoch nicht zwingend ausgeschlossen.

Damit stellt sich die Frage, welche Vertragsverletzungen eine Anwendung des § 314 BGB eröffnen. Eine Orientierung bieten die Maßstäbe des BGH zur Lösung von Schiedsklauseln bei schwerwiegenden Verstößen gegen Pflichten aus dem Schiedsvertrag. Genannt werden das

---

<sup>1443</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 75.

<sup>1444</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 202.

<sup>1445</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 201 f.

<sup>1446</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 202, der auf die Entscheidung des BGH zur Schiedsvereinbarung verweist NJW 1986, 2265, 2266.

<sup>1447</sup> BGH NJW 1957, 589, 590.

<sup>1448</sup> So argumentiert der BGH NJW 1957, 589, 590 zur Verletzung der Wahrheitspflicht im Schiedsverfahren.

schuldhafte Unterlassen einer Schiedsrichterernennung, die Nichtzahlung eines notwendigen Kostenvorschusses oder eine sonstige Hinauszögerung des Verfahrens.<sup>1449</sup> Kann das Verfahren nicht mehr finanziert werden, muss eine einseitige Beendigung der Vereinbarung möglich sein, damit die Partei nicht in ein Verfahren gedrängt wird, das sie sich nicht leisten kann. Entsprechend ist bei Schiedsverträgen anerkannt, dass eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach Vertragsschluss einen Kündigungsgrund darstellt.<sup>1450</sup> Die andere Partei kann die Kündigung des Schiedsvertrags durch Übernahme der Kosten verhindern – eine entsprechende Verpflichtung besteht jedoch nicht.<sup>1451</sup> Erhebt eine Partei Klage und richtet die finanziell schwache Partei die Schiedseinrede dagegen, kann der Kläger dem die Gegeneinrede der Arglist entgegensetzen, wenn der Beklagte gleichzeitig mit ihrer Erhebung zu erkennen gibt, dass er die entsprechenden Vorschüsse nicht zahlen kann.<sup>1452</sup>

Diese Erwägungen des BGH zu Schiedsverträgen können auf Mediationsklauseln übertragen werden, da die Interessenlage vergleichbar ist. In beiden Fällen wird eine von den Parteien selbst zu finanzierende Alternative zum staatlichen Gerichtsverfahren privatautonom vereinbart, für das es keine staatlichen Hilfen wie die Prozesskostenhilfe gibt.

Die Fortsetzung der Mediationsvereinbarung kann einem Vertragspartner jedenfalls nicht mehr zugemutet werden, wenn die Durchführung eines Mediationsverfahrens mit großer Wahrscheinlichkeit aussichtslos erscheint. Das kann formale Gründe haben oder auch auf einer massiv gestörten Beziehung der Vertragsparteien beruhen – wobei eine bloße Störung der Geschäftsbeziehung nicht ausreichend ist, da die Mediationsklausel für diesen Zweck geschlossen wurde. Als Beispiele für ausreichend schwere Vertragsverletzungen werden in der Mediationsliteratur die Verweigerung der Mitwirkung am Verfahren durch den Vertragspartner<sup>1453</sup>, beispielsweise durch mangelnde Mitwirkung an der Auswahl des Mediators oder durch Nichtzahlung des Kostenvorschusses entgegen einer Kostentragungsregelung.<sup>1454</sup> Der Säumige könne sich dann allerdings auch ohne ausdrückliche Kündigungserklärung nicht mehr auf das temporäre Klagehindernis berufen.<sup>1455</sup>

---

<sup>1449</sup> BGH NJW 1957, 589, 590.

<sup>1450</sup> Folge muss selbstverständlich sein, dass die erforderlichen Kostenvorschüsse nicht mehr bezahlt werden können: BGHZ 41, 104, 107 f.; BGHZ 51, 79, 82; BGHZ 55, 344, 350; BGH NJW 1988, 1215; BGHZ 102, 199.

<sup>1451</sup> BGH NJW 1988, 1215.

<sup>1452</sup> BGH NJW 1988, 1215.

<sup>1453</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 55.

<sup>1454</sup> Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 24; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung § 1, Rn. 222; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 201.

<sup>1455</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 222.

Auch die nachhaltige Sabotage der Mediationsverhandlungen<sup>1456</sup>, Beleidigungen, Bedrohungen und Gewaltanwendung<sup>1457</sup> oder der Vermögensverfall einer Partei<sup>1458</sup> können einen wichtigen Grund darstellen. Auch eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach Vertragsschluss kann ein Kündigungsgrund sein.

Für eine wirksame Kündigung ist darüber hinaus gemäß § 314 Abs. 2 BGB grundsätzlich eine Abmahnung erforderlich, die aber bei Dauerschuldverhältnissen wie der Mediationsvereinbarung gemäß § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich sein kann. Auch muss die Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntniserlangung erklärt werden, § 314 Abs. 3 BGB. Wann eine Frist bei einer Mediationsvereinbarung als angemessen anzusehen ist, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht erörtert und ist auch nicht für alle Dauerschuldverhältnisse gleich zu beurteilen.<sup>1459</sup> Vertreten wird zutreffenderweise, dass die Kündigung aus Gründen der Rechtsklarheit zeitnah erfolgen müsse, allerdings nicht innerhalb der von § 626 Abs. 2 BGB vorgeschriebenen zwei Wochen, da § 626 Abs. 2 BGB auf die § 314 BGB unterfallenden Dauerschuldverhältnisse nach dem Willen des Gesetzgebers keine Anwendung finden solle.<sup>1460</sup>

## **2. Immanentes Kündigungsrecht?**

Ganz überwiegend wird in der Literatur ein der Mediationsvereinbarung immanentes jederzeitiges grundloses Kündigungsrecht abgelehnt.<sup>1461</sup> Angesichts der Pflicht der Parteien zur vertragstreuen Mitwirkung am Mediationsverfahren sei die Annahme eines immanenten jederzeitigen Kündigungsrechts verfehlt, da sich die Parteien durch die Mediationsvereinbarung zu einer Mitwirkung am Mediationsverfahren verpflichtet hätten.<sup>1462</sup> Von den hieraus entstehenden verbindlichen Mitwirkungs- bzw. Teilnahmepflichten könnten sich die Parteien nicht einfach lösen.<sup>1463</sup> Es sei nicht ersichtlich, warum sich die Parteien diesen Pflichten bei der Mediationsvereinbarung entgegen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und im Unterschied zur

---

<sup>1456</sup> Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 24; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 201.

<sup>1457</sup> Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 76; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 222.

<sup>1458</sup> Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 24; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 55; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 29; Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 76; Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 222.

<sup>1459</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 202.

<sup>1460</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 203, verweist auf BT-Drs. 14/6040, S. 179, die Entwurfsbegründung besagt das allerdings nicht ausdrücklich.

<sup>1461</sup> A.A. nur Eidenmüller, in: Konsensuale Streitbeilegung, S. 45, 52 ff.

<sup>1462</sup> So schon Heß/Sharma, in: Haft/v.Schlieffen, 2002, § 26, Rn. 23; ähnlich Fischer, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 77; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 204 f.

<sup>1463</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 55; sowie in der Voraufgabe Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 28; Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 204 f.; Fischer, Das neue Mediationsgesetz, S. 61, 77.

Schiedsvereinbarung ohne eine Vereinbarung der Parteien jederzeit entziehen können sollten.<sup>1464</sup> Eine solche Interpretation führe zu einer Entwertung der Rechtsverbindlichkeit der Verpflichtung und stufe diese „durch die Hintertür“ als bloße Absichtserklärung ab.<sup>1465</sup> Diese Argumente überzeugen. Inhalt einer Mediationsklausel ist die verbindliche Absprache der Parteien, im Konfliktfall ein Mediationsverfahren durchzuführen. Aus dieser Absprache folgt die Verpflichtung zur Mitwirkung an der Einleitung und Teilnahme an der ersten Mediationssitzung. Diese Verpflichtung liefe leer, wenn sich die Parteien jederzeit von ihrer Vereinbarung lösen könnten, ohne dass es dafür eines besonderen Grundes bedarf.<sup>1466</sup> Für das Gelingen des Mediationsverfahrens kann diese Verpflichtung sehr bedeutsam sein. Gerade, wenn eine Partei sich nicht auf das Verfahren einlassen will, kann über die Verpflichtung eine anfängliche Skepsis zu Beginn des Mediationsverfahrens überwunden werden.<sup>1467</sup> Ein der Mediationsvereinbarung immanentes Kündigungsrecht ist daher abzulehnen.

### **3. Kündigungsrecht aus § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG?**

Das Prinzip der Freiwilligkeit als wesentliches Merkmal des Mediationsverfahrens ist seit 2012 gesetzlich in § 1 Abs. 1 MediationsG ausdrücklich verankert und findet seinen Ausdruck auch in der durch § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit des Mediationsverfahrens. § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG gibt den Parteien das Recht, das Mediationsverfahren auch einseitig zu beenden. Welche Bedeutung § 2 Abs. 5 MediationsG für die Beendigung einer Mediationsvereinbarung hat, ist jedoch unklar.<sup>1468</sup> Die Literatur ist sich dahingehend uneinig, ob sich aus § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG ein jederzeitiges Kündigungsrecht der Mediationsvereinbarung herleiten lässt.

Teilweise wird jedoch nicht zwischen der Verfahrensbeendigung und der Beendigung der Abrede unterschieden und die Beendigung des Mediationsverfahrens einfach als Kündigung „der Mediation“ verstanden<sup>1469</sup>, teilweise geht es um die Kündigung des Mediatorvertrags.<sup>1470</sup> Unklar bleibt die Bedeutung bei einer anderen Kommentierung, wonach eine Partei ihren Been-

---

<sup>1464</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 204.

<sup>1465</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 205; zustimmend Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 55.

<sup>1466</sup> Ähnlich argumentierten Hacke, ADR-Vertrag, S. 303; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 55.

<sup>1467</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 205; ähnlich Hacke, ADR-Vertrag, S. 303.

<sup>1468</sup> Dazu ausführlich Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 57.

<sup>1469</sup> Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, S. 305, 306; kritisch dazu Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 57.

<sup>1470</sup> Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 2, Rn. 256; Pielsticker, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 113; Gläßer, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018, § 2, Rn. 201.



digungswillen gegenüber der anderen Mediationspartei erklären müsse, um auch die zwischen den Parteien geschlossene Mediationsabrede zu kündigen.<sup>1471</sup> Ob in der Beendigung des Mediationsverfahrens auch eine (berechtigte) Kündigung der Mediationsvereinbarung liegt, ist im Hinblick auf Mediationsklauseln regelmäßig nicht relevant. Denn sobald die Mediationsklausel zu Beginn des Mediationsverfahrens durch den Mediationsvertrag ersetzt wird, verliert sie schon auf diese Weise ihre Wirkung, sodass es auf eine Kündigung nicht mehr ankommt. Fraglich ist vielmehr, ob § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG schon vor Beginn des Mediationsverfahrens eine Möglichkeit zur Kündigung der Mediationsklausel eröffnet.

Teilweise wird vertreten, dass sich aus der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit ein jederzeitiges ordentliches Kündigungsrecht herleiten lässt. Um die Wertung einer Mediationsvereinbarung als „bloßen Einigungsappell ohne Bindungswirkungen“ zu umgehen, empfehle sich aber die ausdrückliche Einschränkung eines Kündigungsrechts in der Mediationsvereinbarung.<sup>1472</sup>

Andere Stimmen lassen eine Kündigung der Mediationsvereinbarung nur bei vertraglicher Vereinbarung oder gemäß § 314 BGB zu.<sup>1473</sup> Im Fall der Beendigung des Mediationsverfahrens bedürfe es ohnehin keiner Kündigung, da die Beendigung des Mediationsverfahrens rechtlich als eine Kündigung des Mediatorvertrags einzuordnen sei. Durch diese sei das Verfahren erfolglos beendet und die zentralen Mitwirkungspflichten erfüllt, sodass diese nach § 362 Abs. 1 BGB erlöschen. Damit erlösche auch die Mediationsvereinbarung als Schuldverhältnis im weiteren Sinne.<sup>1474</sup>

Richtigerweise muss zwischen der rein tatsächlichen Beendigungsbefugnis bezüglich des Verfahrens und der Kündigung der Mediationsvereinbarung unterschieden werden.<sup>1475</sup> Die jederzeitige Beendigungsmöglichkeit aus § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG bezieht sich auf „die Mediation“. Das ist in erster Linie als tatsächliche Befugnis der Parteien zur Beendigung des Verfahrens zu verstehen, die der Gesetzgeber nicht weiter rechtlich qualifiziert hat.<sup>1476</sup> Grundsätzlich liegt in der Beendigung des Verfahrens regelmäßig auch der Wille zur Beendigung des Mediatorvertrags bzw. des Mediationsvertrags. Zwingend ist das jedoch nicht. Bei der möglichen

---

<sup>1471</sup> Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, § 2, Rn. 201.

<sup>1472</sup> Loos/Brewitz, SchiedsVZ 2012, S. 305, 309.

<sup>1473</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 61; ohne Erwähnung des § 2 Abs.5 MediationsG direkt zu § 314 BGB: Wagner, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 2, Rn. 75.

<sup>1474</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 58.

<sup>1475</sup> So auch Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 58.

<sup>1476</sup> Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 56.

Kündigung einer Mediationsklausel passt die Erwägung darüber hinaus schon deshalb nicht, weil mangels Verfahrensbeginn keine Beendigung des Verfahrens vorgenommen werden kann. Aus der Vorschrift ein jederzeitiges gesetzliches Kündigungsrecht schon vor Beginn des Mediationsverfahrens abzuleiten, würde die Wortlautgrenzen der Vorschrift überschreiten. § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG erfasst damit allenfalls eine Kündigung der Mediationsvereinbarung nach Beginn der Mediation.<sup>1477</sup>

Gegen ein jederzeitiges Kündigungsrecht spricht auch, dass die Mediationsklausel wie alle vertraglichen Vereinbarungen grundsätzlich rechtsverbindlich ist. Wenn das Prinzip der Freiwilligkeit der Rechtsverbindlichkeit nicht entgegensteht, gebietet es nicht umgekehrt ein jederzeitiges Kündigungsrecht. Die Parteien sind zumindest zur Teilnahme an der ersten Mediationssitzung verpflichtet.<sup>1478</sup> Wenn sich die Parteien zur Durchführung eines Mediationsverfahrens vertraglich verpflichten und keine ausdrückliche Kündigungsmöglichkeit vereinbart haben, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie diese jederzeitige Lösungsmöglichkeit von der Verpflichtung gewollt haben.<sup>1479</sup> Eine Mediationsklausel kann demnach nicht nach § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG gekündigt werden.

---

<sup>1477</sup> Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1, Rn. 221: Beendet werden könne nur eine bereits begonnene Mediation, weshalb allenfalls nach Beginn des Mediationsverfahrens ein Kündigungsrecht nach § 2 Abs.5 S.1 MediationsG angenommen werden könne; anders noch in der Voraufgabe: Eine Kündigung komme nur nach § 314 BGB infrage. Aus der Freiwilligkeit könne kein jederzeitiges Kündigungsrecht hergeleitet werden, da zumindest die Teilnahme an der ersten Mediationssitzung nicht von der Freiwilligkeit umfasst sei, Greger, in: Greger/Unberath, § 1, Rn. 199.

<sup>1478</sup> Fischer, Das neue Mediationsgesetz, S. 77.

<sup>1479</sup> Trams, Die Mediationsvereinbarung, S. 204; Hess, in: Haft/v.Schlieffen, 2009, § 43, Rn. 28; Fischer, in: Haft/v.Schlieffen, 2016, § 25, Rn. 55.

## Teil 7: Zusammenfassung und Fazit

Dass Mediationsklauseln bisher noch relativ selten in Verträge zwischen Unternehmen aufgenommen werden, liegt mutmaßlich nicht nur daran, dass präventives Konfliktmanagement in Form von Streitbeilegungsklauseln bei Vertragsschluss häufig keine Priorität hat – denn Schieds- und Schlichtungsklauseln sind im Gegensatz zu Mediationsklauseln in Wirtschaftsverträgen üblich. Einleitend wurde vermutet, dass die Zurückhaltung beim Einsatz von Mediationsklauseln vielmehr damit zusammenhängt, dass derzeit noch zahlreiche Rechtsfragen im Zusammenhang mit deren zulässiger Gestaltung, Wirkung und Durchsetzbarkeit Rechtsprechung und Literatur überlassen sind. Die vorliegende Arbeit hat sich deshalb den Inhalten, Wirkungen und rechtlichen Rahmenbedingungen für Mediationsklauseln in (nationalen) Verträgen zwischen Unternehmen gewidmet und ist zu folgenden Ergebnissen gelangt:

- Für eine Mediationsklausel bedarf es lediglich einer Vereinbarung eines Mediationsverfahrens für den Fall, dass es zu einem Konflikt kommt. Außerdem ist in der Regel die Absprache enthalten, keine Klage zu erheben, solange ein Mediationsverfahren nicht versucht wurde. Da Vertragsparteien aber regelmäßig ein Interesse daran haben, den Rechtsweg für den Fall des Misslingens des Mediationsverfahrens wieder beschreiten zu können, enthalten Mediationsklauseln anders als Schiedsklauseln lediglich einen vorübergehenden (dilatatorischen) Klagbarkeitsausschluss, so dass eine Klageerhebung nach Scheitern des Mediationsverfahrens möglich ist.
- Im konstruktiven Klima des Vertragsschlusses vorsorglich eine Regelung für den Konfliktfall zu treffen hat gegenüber einer ad hoc im Streitfall getroffenen Vereinbarung psychologische und verhandlungstaktische Vorteile, die insbesondere das Risiko einer falschen Verfahrenswahl mehr als aufwiegen. Aufgrund seiner Besonderheiten eignet sich das Mediationsverfahren für viele denkbare Konflikte zwischen Unternehmen. Die Untersuchung hat gezeigt, dass insbesondere Mediationsklauseln in Verträgen zwischen Unternehmen ein sinnvolles Mittel darstellen, um die Chancen auf ein Mediationsverfahren und damit eine konsensorientierte Streitbeilegung ohne Inanspruchnahme staatlicher Gerichte zu erhöhen.
- Die Mediationsklausel als vorsorgliche Mediationsvereinbarung ist eine **vertragliche Absprache**. Welche Rechtsnatur Mediationsvereinbarungen haben, ist umstritten. Die **Rechtsnatur von Mediationsklauseln** bestimmt sich nach ihren Rechtswirkungen. Zum einen hat jede Me-

diationsklausel aufgrund des regelmäßig enthaltenen Klagverzichts prozessrechtliche Wirkungen. Desweiteren entfaltet sie mit den durch sie entstehenden Vertragspflichten auch materielle Wirkungen. Darüber hinaus sind in umfangreicheren Mediationsklauseln zahlreiche weitere Absprachen denkbar, die teilweise als materiell (zum Beispiel Regelungen zur Verjährung, Schadensersatzabsprachen), teilweise als prozessual zu qualifizieren sind (Beweismittelabsprachen, Abreden zu Auswirkungen auf das Schiedsverfahren). Die Mediationsklausel ist demnach ein Vertrag mit materiell- und prozessrechtlichen Elementen. Ob sich daraus eine einheitliche Rechtsnatur herleiten lässt, ist umstritten. Die zahlreichen Stimmen in der Literatur lassen sich in die Lager der „Einheitslösung“ (= einheitliche Qualifizierung je nach Schwerpunkt der Mediationsvereinbarung) und der „Einzelregelungslösung“ (= keine einheitliche Qualifizierung der Mediationsvereinbarung möglich) einteilen.

- Die Rechtsnatur von Mediationsklauseln bestimmt die **rechtlichen Rahmenbedingungen von Mediationsklauseln**. Vorzugswürdig ist die „Einzelregelungslösung“. Jeder Regelungsgegenstand unterliegt demnach abhängig von seiner Rechtsnatur gesonderter rechtlicher Überprüfung. Für die rechtliche Bewertung **einzelner** Regelungsgegenstände als solche ist es aber unerheblich, ob man der Einheitslösung oder der Einzelregelungslösung folgt, da sowohl materielle als auch prozessuale Vorschriften zur Überprüfung herangezogen werden können. Allerdings unterscheidet sich der Rechtsrahmen im Ergebnis kaum, da für prozessuale Absprachen neben prozessualen Anforderungen allgemeiner Ansicht nach auch das materielle Recht gilt. Lediglich für materielle Absprachen gelten keine prozessualen Anforderungen. Für alle Mediationsklauseln gilt damit jedenfalls das materielle Recht.
- Die Mediationsklausel ist ein **Vertrag eigener Art**. Daraus folgt, dass für Mediationsklauseln mangels Anwendbarkeit der Vorschriften für typisierte Verträge das allgemeine Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt, d.h. alle Rechtsregeln, die die Entstehung und Wirksamkeit von Verträgen betreffen wie der Allgemeine Teil und die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts. Für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses gelten maßgeblich die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ergänzend gelten die für alle Verträge anzuwendenden Vorschriften, insbesondere vertragstypunabhängige schuldrechtliche Regelungen. Im Übrigen ist mangels Anwendbarkeit der Vorschriften für typisierte Verträge das allgemeine Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs anwendbar.
- Aus einer Mediationsklausel folgen grundsätzlich verbindliche Vertragspflichten. Der Rechtsverbindlichkeit steht das Prinzip der Freiwilligkeit nicht entgegen. Nach der hier vertretenen

Ansicht folgen aus der Mediationsklausel **verfahrenseinleitende Mitwirkungspflichten** sowie die **Pflicht zur Teilnahme an der ersten Mediationssitzung**. Eine darüber hinausgehende Verhandlungspflicht oder eine Verpflichtung zur Lösungsfindung ist wegen des Prinzips der Freiwilligkeit und der Eigenverantwortlichkeit abzulehnen.

- Inwieweit ein **dilatorischer Klagbarkeitsausschluss** eine abredewidrig erhobene Klage tatsächlich verhindert, kann derzeit nicht verlässlich vorausgesagt werden. Eine höchstrichterliche Klarstellung fehlt bislang, die wenigen bisher ergangenen instanzgerichtlichen Entscheidungen vertreten unterschiedliche Auffassungen. In den letzten Jahren ist aber eine Tendenz der Gerichte erkennbar, dass diese eine abredewidrig erhobene Klage als unzulässig abweisen. Die gefestigte Linie des BGH zu Schlichtungsklauseln, die eine entsprechende Rechtsfolge für Schlichtungsklauseln annimmt, die vergleichbare Interessenlage bei Mediationsklauseln sowie die überzeugenden Argumente der überwiegenden Literatur legen die Vermutung nahe, dass die Rechtsprechung weiterhin bei dieser Linie bleiben wird. Ein vertraglich vereinbarter Klagbarkeitsausschluss ist deshalb trotzdem anzuraten. Die Parteien sollten aber in jedem Fall eindeutig ihren Willen ausdrücken, dass eine Klageabweisung gewünscht ist, da ein solcher Wille nach der BGH-Rechtsprechung für die Abweisung der Klage als unzulässig eindeutig erkennbar sein muss.
- Es können auch andere Absprachen in die Mediationsklausel oder in eine selbstständige Verfahrensordnung aufgenommen werden, auf die in der Mediationsklausel verwiesen wird. Regelungen bieten sich insbesondere in Bereichen an, für die das Mediationsgesetz keine Regelungen trifft oder in denen noch zu große rechtliche Unsicherheiten bestehen. Hier bieten insbesondere die Verfahrensordnungen institutioneller Anbieter taugliche Regelungen. Verfahrensregelungen, die das Mediationsverfahren selbst betreffen, sind nicht zwingend notwendigerweise im Vorfeld zu regeln. Diese Verfahrensregeln werden ohnehin nochmal beim ersten Zusammentreffen mit dem Mediator besprochen und mit diesem vereinbart. Umgekehrt schadet es nicht, wenn Parteien sich im konstruktiven Klima des Vertragsschlusses auf bestimmte Absprachen einigen – das kann die Verbindlichkeit der Absprache erhöhen und das Vertrauen der Parteien in den späteren Verfahrensablauf bestärken. Außerdem ermöglicht das konstruktive Klima gegebenenfalls differenzierte und durchdachte Lösungen, die selbst mit Unterstützung eines Mediators allein aufgrund der später durch den Konflikt gestörten kommunikativen Beziehung nicht mehr möglich wäre.

- Besondere Bedeutung für Unternehmen haben neben dem Klagbarkeitsausschluss Regelungen zur **Verjährung** und zur **Aufrechnung mit oder gegen mediationsbefangene Forderungen**. Mediationsklauseln haben grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Verjährungshemmung. Wann die gesetzliche Verjährungshemmung beginnt, ist nicht geklärt. Vorzugswürdig ist die Auffassung, dass die Verjährungshemmung bei Mediationsklauseln bereits mit der Aufforderung zur Durchführung einer Mediation beginnt. Wegen der unklaren Rechtslage ist aber eine vertragliche Regelung zu empfehlen, wie sie auch viele Musterklauseln der institutionellen Anbieter enthalten. Nach der hier vertretenen Auffassung verhindern Mediationsklauseln eine Aufrechnung mit oder gegen eine mediationsbefangene Forderung zwar nicht. Auch ergibt sich aus § 390 BGB kein Aufrechnungsverbot. Rechtsklarheit bringt jedoch auch hier nur eine vertragliche Regelung.
- Eine besondere Bedeutung haben auch Regelungen zu Verschwiegenheitspflichten der Parteien, ihrer Beistände und Dritter, da das Mediationsgesetz diese nicht regelt. Auch trifft der Gesetzgeber keine Regelungen zum Schutz der externen Vertraulichkeit, insbesondere im Hinblick auf einen späteren Prozess – weder durch einen Ausschluss bestimmter Beweismittel noch durch ein Verbot der Einbringung von mediationsrelevanten Informationen. Die Verfahrensordnungen füllen diese gesetzliche Lücke über entsprechende **Verschwiegenheitspflichten und Beweismittelabsprachen**. Derartige vertragliche Regelungen sind angesichts des lückenhaften gesetzlichen Vertraulichkeitsschutzes sehr sinnvoll. Allerdings sollten sich Vertragsparteien darüber im Klaren sein, dass auch die Kombination aus gesetzlichen und vertraglichen Vertraulichkeitsregelungen nicht gänzlich verhindern kann, dass Informationen aus dem Mediationsverfahren nach außen dringen.
- **Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen** ergeben sich aufgrund der Qualifizierung der Mediationsklausel als Vertrag sui generis aus den Vorschriften des **BGB-Vertragsrechts**. Das sind einerseits formelle Anforderungen an das Zustandekommen der Abrede, aber auch inhaltliche Anforderungen (§§ 134, 138, 242 BGB). Besondere vertragliche Vorschriften finden aufgrund der Qualifizierung der Mediationsklauseln als Vertrag sui generis keine Anwendung. Mediationsklauseln kommen wie jeder Vertrag nach den allgemeinen Regeln des BGB-Vertragsrechts zustande. Sie bedürfen keiner besonderen Form, auch besondere Bestimmtheitsanforderungen gelten nicht. Inhaltlich sind vor allem die allgemeinen Schranken der Privatautonomie zu beachten. Die Wirksamkeit des Hauptvertrags hat keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit

der Mediationsklausel, da in der Regel davon auszugehen ist, dass die Parteien auch bei Streitigkeiten über die Unwirksamkeit des Hauptvertrags gewollt haben.

- Das **Mediationsgesetz** enthält keine allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen für Mediationsklauseln, da es Mediationsvereinbarungen nicht regelt, sondern voraussetzt. Es setzt aber inhaltliche Grenzen hinsichtlich der Ausgestaltung konkreter Regelungsinhalte und kann somit die vertragliche Dispositionsfreiheit der Parteien begrenzen (Begrenzungsfunktion). Im Übrigen hat es eine ergänzende Funktion, wenn Parteien keine eigenen Regelungen treffen oder diese unwirksam sind. Die Zulässigkeit konkreter Regelungsgegenstände von Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen bemisst sich zunächst nach dem Mediationsgesetz, da dieses gegenüber dem BGB Spezialregelungen aufstellt, die berufsrechtliche Regelungen oder Regelungen des BGB verdrängen. Das gilt allerdings nur für die durch Parteivereinbarung umgehbaren Regelungen des Mediationsgesetzes. Handelt es sich bei einer Bestimmung im Mediationsgesetz dagegen um eine dispositive Regelung, hat eine abweichende individuelle Regelung in der Klausel Vorrang.
- Für die **Anwendbarkeit des AGB-Rechts** sind die Anforderungen des § 305 BGB maßgeblich. Mustermediationsklauseln und Mediationsordnungen institutioneller Anbieter sind grundsätzlich als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren. Auch Mediationsklauseln, die ein Unternehmer für eine Vielzahl von Fällen selbst vorformuliert oder vorformulierte Bedingungen abwandelt und diese bei Abschluss des Vertrags stellt, sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren. Einseitig eingeführte Musterklauseln und Verfahrensordnungen unterliegen der Kontrolle durch das AGB-Recht, insbesondere § 307 BGB. Über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB werden auch die Vorschriften des Mediationsgesetzes Teil der Inhaltskontrolle. Wegen § 307 Abs. 3 S. 1 BGB findet eine AGB-Kontrolle nur bei einer Abweichung von geltenden Rechtsvorschriften statt. Abweichungen vom Mediationsgesetz sind bei Individualvereinbarungen grundsätzlich zulässig, wenn es sich bei der jeweiligen Bestimmung um eine dispositive Vorschrift handelt. Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt dieser Grundsatz wegen des Schutzzwecks der Inhaltskontrolle nicht zwingend. Hier kann nur eine Abwägung im Einzelfall sachgerechte Ergebnisse liefern. Eine Abweichung von nicht disponiblen Regelungen des Mediationsgesetzes ist aber regelmäßig ein Indiz für eine unangemessene Benachteiligung. Sind die betroffenen Musterklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten oder die Verfahrensordnung einseitig einbezogen, gelten hinsichtlich der Folgen der Unwirksamkeit einzelner Klauseln die spezielle Grundsätze des AGB-Rechts.

Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nur dann nicht vor, wenn beide Vertragspartner einvernehmlich auf eine Mustermediationsklauseln und Mediationsordnungen institutioneller Anbieter verweisen. Rechtlicher Bewertungsmaßstab für Zulässigkeit dieser Individualvereinbarung sind dann nur Vorschriften des Mediationsgesetzes sowie die inhaltlichen Schranken der §§ 134, 138, 242 BGB.

Desweiteren liegen keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, wenn eine (vorformulierte) Klausel vom Vertragspartner mitgestaltet wird oder er die reale Möglichkeit der Einflussnahme erhält. Die Anforderungen der Rechtsprechung an das Aushandeln gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB sind allerdings sehr streng, sodass Unternehmen das AGB-Recht nur dann nicht anwendbar ist, wenn die Einflussmöglichkeit des Vertragspartners real ist und diesem deutlich gemacht wurde. Bei institutionellen Musterklauseln mit „Massencharakter“ wird das in der Regel nicht der Fall sein.

- Ist die Mediationsklausel unwirksam, ist für die Frage nach den Auswirkungen auf den Hauptvertrag maßgeblich, ob die Parteien den Hauptvertrag auch ohne Mediationsklausel geschlossen hätten. In der Regel wird der Parteiwille nicht darauf gerichtet sein, dass auch der Hauptvertrag unwirksam ist. Nach der hier vertretenen Ansicht findet § 139 BGB bei Zweifeln keine Anwendung.
- Die Vereinbarung eines **vorübergehenden Klageverzichts** ist in Individualvereinbarungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich zulässig. Das gilt auch für eine Verwendung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, da § 309 Nr. 14 BGB keine Indizwirkungen für Unternehmer entfaltet.
- Sinnvoll ist es auch, bereits bei Vertragsschluss Verfahrensregeln zur Einleitung des Mediationsverfahrens zu treffen. Das sind insbesondere Regelungen zur Auswahl des Mediators, ggf. Inanspruchnahme einer unterstützenden Mediationsinstitution, sowie die Aufteilung der Kosten. Denn im Konfliktfall bergen bereits einleitende Verfahrenshandlungen ein weiteres Konfliktpotential, das im schlimmsten Fall die Einleitung eines Mediationsverfahrens verhindert, schnell aber verzögert. Die Regelungen zur Auswahl des Mediators in den institutionellen Mediationsklauseln und Verfahrensordnungen sind rechtlich unbedenklich und bieten eine sinnvolle Orientierung für Unternehmen. Eine Ermächtigung des Mediators zu Lösungsvorschlägen ist aufgrund des hohen Stellenwerts der Eigenverantwortlichkeit der Parteien im Mediationsverfahren zulässig.



- Die Vertragspflichten aus der Mediationsklausel können auch durch eine **Leistungsklage** eingeklagt werden. Zweifelhaft erscheint allerdings, ob erzwungene Mitwirkungshandlungen oder Teilnahme an der ersten Mediationssitzung zu einem erfolgreichen Mediationsverfahren führen, zumal die Parteien das Recht haben, das Mediationsverfahren jederzeit zu beenden.
- Grundsätzlich kann bei der Verletzung der Pflichten aus der Mediationsklausel ein **Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 ff. BGB** in Betracht kommen. Wegen der Schwierigkeiten beim Nachweis der Pflichtverletzung und des Schadens scheidet ein Schadensersatz allerdings in der Regel aus. Allenfalls Aufwendungen sind ersetzbar.

Auch kommt ein **Schadensersatzanspruch analog § 628 Abs. 2 BGB** in Betracht, wenn die Kündigung der Mediationsklausel gerade durch ein vertragswidriges Verhalten der Partei veranlasst worden ist.

- **Beendigung der Mediationsklausel:** Die Vertragspflichten der Parteien bestehen überwiegend in Mitwirkungspflichten bezüglich der Einleitung des Verfahrens. Eine Teilnahmepflicht besteht wegen der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit aus § 2 Abs. 5 MediationsG und dem Prinzip der Freiwilligkeit (§ 1 Abs. 1 MediationsG) nur im Hinblick auf die erste Mediationssitzung. Kommen die Parteien beiden Pflichten nach, erlischt die Mediationsklausel gemäß **§ 362 Abs. 1 BGB** – unabhängig vom weiteren Verfahrensverlauf. Die Beendigung der Mediationsklausel durch einvernehmliche Aufhebung ist wegen der den Parteien zustehenden Privatautonomie durch eine formlose ausdrückliche oder konkludente Aufhebungsvereinbarung möglich.

Aufgrund ihrer Qualifizierung der Mediationsvereinbarung als Dauerschuldverhältnis können die Parteien diese unter den Voraussetzungen des **§ 314 BGB** jederzeit kündigen. Erforderlich ist wegen der gebotenen restriktiven Anwendung des § 314 BGB, dass der Vertragspartner seine aus der Mediationsklausel resultierenden Pflichten so dauerhaft und nachhaltig verletzt, dass der anderen Partei ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist.

Ein Kündigungsrecht ist der Mediationsklausel nicht immanent. Auch nach § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG lässt sich kein Recht zur Kündigung herleiten. § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG erfasst seinem Wortlaut nach allenfalls eine Kündigung der Mediationsvereinbarung nach Beginn der Mediation.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass Mediationsklauseln zwar in unterschiedlichsten Unternehmensverträgen sinnvoll eingesetzt werden können, in rechtlicher Hinsicht aber noch zahlreiche Fragen ungeklärt sind. Vor diesem Hintergrund ist die vermeintliche Skepsis und der zurückhaltende Einsatz von Mediationsklauseln vieler Unternehmen nachvollziehbar. Trotz unklarer Rechtslage ist aber von Mediationsklauseln nicht abzuraten. Denn die meisten dieser rechtlichen Unsicherheiten können durch eine vertragliche Regelung gut beseitigt werden. Bei fehlender Expertise und Zeitmangel bieten die zahlreichen im Internet zu findenden Musterklauseln und Verfahrensordnungen der Mediationsverbände und Verbände für alternative Streitbeilegung rechtlich zulässige und sinnvolle Regelungen, die Unternehmen einfach übernehmen können. Die Verwendung einer Verfahrensordnung ist unbedingt anzuraten, da diese für Unternehmen regelungsbedürftige Aspekte regeln, die das Mediationsgesetz offen gelassen hat. Durch die Verwendung institutioneller Musterregelungen wird der Aufwand bei der Aufnahme einer Mediationsklausel in einen Vertrag auf ein Minimum reduziert.

Keinesfalls sollte die Konsequenz eventuell verbleibender Unsicherheiten der Verzicht auf eine Mediationsklausel sein. Denn diese steigert die Wahrscheinlichkeit einer außergerichtlichen Streitbeilegung, indem sie die Bereitschaft der Vertragsparteien zur Nutzung der Mediation im Konfliktfall bzw. wenigstens einen reibungslosen Beginn des Mediationsverfahrens unterstützt. Die Erfolgsquoten des Mediationsverfahrens in der Wirtschaft belegen, dass sich ein solches für Unternehmen in der Regel lohnt. Damit führen Mediationsklauseln letztlich auch zu einer kostengünstigeren, schnelleren und langfristig effektiveren Lösung des Problems.

## Literaturverzeichnis

- Ade, Juliane/Alexander, Nadja*, Mediation und Recht, 3. Auflage 2017 (zitiert: Ade/Alexander)
- Arntz, Thomas*, Die missglückte Eskalationsklausel, SchiedsVZ 2014, S. 237 ff.
- Arntz, Thomas*, Eskalationsklauseln – Recht und Praxis mehrstufiger Streiterledigungsklauseln, 2013
- Bäumerich, Maik*, Güterichter und Mediatoren im Wettbewerb, 2015, zugl. Dissertation, Universität zu Köln (zitiert: Bäumerich)
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.), BeckOK BGB, 43. Edition, Stand: 15.06.2017 (zitiert: Bearbeiter, in: BeckOK BGB)
- Becker, Friedwart/Horn, Claus-Henrik*, Notwendige Regelungen eines deutschen Mediationsgesetzes, SchiedsVZ 2006, S. 270 ff.
- Behme, Caspar*, Rechtliche Grenzen der Konfliktlösung durch Mediation- Wirksamkeit der Mediationsvereinbarung, Dispositionsbefugnis der Parteien, Durchführung des Verfahrens, AnwBl. 2017, S. 16 ff.
- Berger, Klaus Peter*, Aushandeln von Vertragsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr, Stellen, Handeln, Behandeln, Verhandeln, Aushandeln...?, NJW 2001, S. 2152 ff.
- Ders.*, Neuverhandlungs-, Revisions- und Sprechklauseln im internationalen Wirtschaftsvertragsrecht, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 2000, S. 1 ff.
- Ders.*, Die Aufrechnung im Internationalen Schiedsverfahren, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 1998, S. 426 ff.
- Berlin, Christof*, Verbraucher-ADR: Freiwilligkeit der Teilnahme und Verbindlichkeit des Ergebnisses im Lichte der AS-Richtlinie, ZKM 2013, S. 108 ff.
- Beulke, Werner*, Strafprozessrecht, 13. Auflage 2016 (zitiert: Beulke, Strafprozessrecht)
- Böttcher, Bianca/Laskawy, Helge*, Mediationsklauseln in Verträgen und Geschäftsbedingungen: Anregungen und Formulierungsvorschläge, Der Betrieb 2004, S. 1247 ff.
- Breidenbach, Stephan/Peres, Holger*, Die DIS-Mediationsordnung, SchiedsVZ 2010, S. 125 ff.
- Breidenbach, Stephan/ Henssler, Martin*, Mediation für Juristen, 1997 (zitiert: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen)
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner*, BGB Schuldrecht, Band 2, 3. Auflage 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht)
- Diop Denis/Steinbrecher, Alexander*, Ein Mediationsgesetz für Deutschland: Impuls für die Wirtschaftsmediation?, Betriebs-Berater 2011, S. 131 ff.
- Duve, Christian/Eidenmüller, Horst/Hacke, Andreas*, Mediation in der Wirtschaft- Wege zum professionellen Konfliktmanagement, 2. Auflage 2011 (zitiert: Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft)
- Eberhardt, Ulrich*, Rechtsschutzversicherung und außergerichtliche Konfliktlösung, ZKM 2014, S. 83 ff.
- Eidenmüller, Horst*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, 1999 (zitiert: Eidenmüller, Unternehmenssanierung)

- Ders.*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001 (zitiert: Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation)
- Ders.*, Vertrags- und verfahrensrechtliche Grundfragen der Mediation: Möglichkeiten und Grenzen privatautonomen Konfliktmanagements, in: Breidenbach, Stephan/Coester-Waltjen, Dagmar/Heß, Burkhard/Nelle, Andreas/Wolf, Christian (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, Akademisches Symposium zu Ehren von Peter F. Schlosser aus Anlass seines 65. Geburtstages, 2001 (zitiert: Eidenmüller, in: Konsensuale Streitbeilegung)
- Ders.*, Die Auswirkungen der Einleitung eines ADR-Verfahrens auf die Verjährung, SchiedsVZ 2003, S. 163 ff.
- Eidenmüller, Horst/Engel, Martin*, Die Schlichtungsfalle: Verbraucherrechtsdurchsetzung nach der ADR-Richtlinie und der ODR-Verordnung der EU, ZIP 2013, S. 1704 ff.
- Eidenmüller, Horst/Prause, Matthias*, Die europäische Mediationsrichtlinie – Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland, NJW 2008, S. 2737 ff.
- Eidenmüller, Horst/Wagner, Gerhard* (Hrsg.), Mediationsrecht, 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht)
- Engel, Martin/Hornuf, Lars*, Mediation als Verbraucherschutz- oder Verbraucherschutz vor Mediation?, SchiedsVZ 2012, S. 26 ff.D
- Fischer, Christian/Unberath, Hannes*, Das neue Mediationsgesetz- Rechtliche Rahmenbedingungen der Mediation, 2013 (zitiert: Bearbeiter, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz)
- Friedrich, Fabian M.*, Schlichtungs- und Mediationsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, SchiedsVZ 2007, S. 31 ff.
- Ders.*, Regelungsgegenstände der Mediationsvereinbarung, MDR 2004, S. 481 ff.
- Ders.*, Die Konsensvereinbarung im Zivilrecht, 2003, zugl. Dissertation, Universität Bayreuth (zitiert: Friedrich, Die Konsensvereinbarung im Zivilrecht)
- Fritz, Roland/Pielsticker, Dietrich*, Mediationsgesetz, 2013 (zitiert: Bearbeiter, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz)
- Germelmann, Claas-Hinrich/Matthes, Hans-Christoph/Prütting, Hanns*, Arbeitsgerichtsgesetz, 9. Auflage 2017 (zitiert: Bearbeiter, in: Germelmann/Matthes/Prütting, ArbGG)
- Gläßer, Ulla/Kirchhoff, Lars/Wendenburg, Felix*, (Hrsg.), Konfliktmanagement in der Wirtschaft, 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft)
- Gössl, Susanne*, Das Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen – Chancen und Risiken, NJW 2016, S. 838 ff.
- Goltermann, Nils/Hagel, Ulrich/Klowait, Jürgen/Levien, Dan-Alexander*, "Das neue Mediationsgesetz" aus Unternehmenssicht, SchiedsVZ 2013, S. 41 ff.
- Greger, Reinhard*, Für jeden Konflikt das passende Verfahren, ZKM 2014, S. 140 ff.
- Greger, Reinhard*, Die Reglementierung der Selbstregulierung, Zum Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes, ZRP 2010, S. 209 ff.
- Greger, Reinhard/Unberath, Hannes*, MediationsG, 2012 (zitiert: Bearbeiter, in: Greger/Unberath, MediationsG)

- Greger, Reinhard/Unberath, Hannes/Steffek, Felix*, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Auflage 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung)
- Greger, Reinhard/Münchhausen, Christine von*, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, 2010 (zitiert: *Greger/v.Münchhausen*, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte)
- Graf-Schlicker, Marie Luise*, Die EU-Richtlinie zur Mediation – zum Stand der Umsetzung, ZKM 2009, S. 83 ff.
- Graf von Westphalen, Friedrich/Thüsing, Gregor* (Hrsg.) Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 39. EL Mai 2017 (zitiert: Bearbeiter, in: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke)
- Grolimund, Pascal*, Mediation: Balance zwischen Freiheit und Förmlichkeit, ZZP 123 (2010), S. 393 ff.
- Groth, Klaus-Martin/Bubnoff, Daniela v.*, Gibt es "gerichts feste" Vertraulichkeit bei der Mediation?, NJW 2001, S. 338
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Mayer, Jörg* (Gesamthrg. für das Zivilrecht), beck-online Grosskommentar BGB [online, Stand: 1.8.2017] (zitiert: Bearbeiter, in: BeckOGK BGB)
- Hacke, Andreas*, Der ADR-Vertrag, 2001 (zitiert: Hacke, ADR-Vertrag)
- Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina Gräfin von* (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Auflage 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: Haft/v.Schlieffen, 2016)
- Dies.*, Handbuch Mediation, 2. Auflage 2009 (zitiert: Bearbeiter, in: Haft/v.Schlieffen, 2009)
- Dies.*, Handbuch Mediation, 2002 (zitiert: Bearbeiter, in: Haft/v.Schlieffen, 2002)
- Hanefeld, Inka/Wittinghofer, Mathias A.*, Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, SchiedsVZ 2005, S. 217 ff.
- Hans-Uwe Neuenhahn*, Mediation – ein effizientes Konfliktlösungsinstrument auch in Deutschland, NJW 2004, S. 663 ff.
- Hardenberg, Candida von*, Mediation – Muster Mediations- und Schiedsklausel für Verträge, RIW 2004, Beilage 1, S. 25 ff.
- Heidel, Thomas/Hüßtege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich*, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 3. Auflage 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB)
- Henssler, Martin/Kilian, Matthias*, Zulässigkeit einer Klage bei unterlassener Anrufung einer Schlichtungsstelle, EWiR 1999, S. 285 ff.
- Henssler, Martin/Koch, Ludwig* (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Auflage 2004 (zitiert: Bearbeiter, in: Henssler/Koch, Mediation)
- Henssler, Martin/Prütting, Hanns* (Hrsg.), BRAO, Bundesrechtsanwaltsordnung, 4. Auflage 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: Henssler/Prütting, BRAO)
- Heussen, Benno/Hamm, Christoph*, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 11. Auflage 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: BeckRA-HdB)
- Hinrichs, Ulrike* (Hrsg.), Praxishandbuch Mediationsgesetz, 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: Praxishandbuch Mediationsgesetz)

- Hoffmann-Becking, Michael/Gebele, Alexander*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Auflage 2016 (Bearbeiter, in: BeckFormB BHW)
- Hofmann, Franz*, Vertraulichkeit in der Mediation – Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Beweisverwertungsverbote, SchiedsVZ 2011, S. 148 ff.
- Hutner, Armin*, Die Mediationsvereinbarung – Regelungsgegenstände und vertragsrechtliche Qualifizierung, SchiedsVZ 2003, S. 226 ff.
- Jäntges, André/Schwartz, Hansjörg*, Mediation bei Fusionen – Chancen und Risiken, ZKM 2010, S. 25 ff.
- Jost, Fritz*, Urteilsanmerkung zu BGH, Urt.v. 14.12.2013 – IV AR(VZ) 3/12, ZKM 2014, S. 28 ff.
- Hund-von Hagen, Joachim*, in: Formularbuch Recht und Steuern, 9. Auflage 2017 [online, Stand: 1.9.2017] (zitiert: Hund v. Hagen, Formularbuch Recht und Steuern)
- Kirchhoff, Lars*, Wirtschaftsmediation in Deutschland, ZKM 2007, S. 108 ff.
- Klowait, Jürgen*, Mediation im E.ON-Konzern – Erfahrungswerte, Stand und Perspektiven des Projektes der „Konzernmediation“, ZKM 2008, S. 171 ff.
- Klowait, Jürgen/Gläßer, Ulla*, Mediationsgesetz, 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz)
- Dies.*, Mediationsgesetz, 2. Auflage 2018 (zitiert: Bearbeiter, in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2018)
- Klowait, Jürgen/Hill, Michael*, Corporate Pledge – Königsweg zur Implementierung von Mediation in der Wirtschaft?, SchiedsVZ 2007, S. 83 ff.
- Koschany-Rohbeck, Marianne*, Praxishandbuch Wirtschaftsmediation, Grundlagen und Methoden zur Lösung innerbetrieblicher und zwischenbetrieblicher Konflikte, 2015 (zitiert: Koschany-Rohbeck, Praxishandbuch Wirtschaftsmediation)
- Kraft, Holger*, Mediation im Bereich des Wirtschaftsrechts, VersR 2000, S. 935 ff.
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, 5. Auflage 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: MüKoZPO, Bd.1)
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3, 5. Auflage 2017 (zitiert: Bearbeiter, in: MüKoZPO, Bd.3)
- Loos, Alexander/Brewitz, Marit*, Hindert eine Mediationsvereinbarung an der Klage? – Wie lange?, SchiedsVZ 2012, S. 305 ff.
- Marx, Ansgar*, Das Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation, ZKM 2010, S. 132 ff.
- Matheis, Frank/Hippeli, Michael*, Mediation und Kündigungsschutzprozess – Bedeutung, Auswirkungen und Mediationsklauseln, DB 2016, S. 53 ff.
- Mes, Peter* (Hrsg.), Beck'sches Prozessformularbuch, 13. Auflage 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: Mes, BeckPFormB)
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid*, (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Auflage 2018 (zitiert: Bearbeiter, in: ErfK)

- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 14. Auflage 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit, ZPO)
- Nelle, Andreas*, Neuverhandlungspflichten, 1993, zugl. Dissertation, Ludwig-Maximilians-Universität München (zitiert: Nelle, Neuverhandlungspflichten)
- Nelle, Andreas/Hacke, Andreas*, Die Mediationsvereinbarung – Vertragliche Regelungen zur Vereinbarung von Mediationsverfahren, ZKM 2002, S. 257 ff.
- Neuenhahn, Hans-Uwe*, EUCON Mediation Process, ZKM 2013, S. 174 ff.
- Neuhof, Rudolf*, Der Sanierungsmediator, NZI 2011, S. 667 ff.
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Palandt, BGB)
- Pasetti, Monika*, Wirtschaftsmediation als Dienstleistung von Wirtschaftskanzleien, SchiedsVZ 2015, S. 134 ff.
- Peters, Frank*, Vertraulichkeit in der Mediation und in anderen Fällen gegenläufiger Interessen, JR 2009, S. 315 ff.
- PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)* (Hrsg.), Konfliktmanagement in der deutschen Wirtschaft – Entwicklungen eines Jahrzehnts, 2016 (zitiert: PWC/EUV, Konfliktmanagement in der deutschen Wirtschaft, 2016)
- PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)* (Hrsg.), Konfliktmanagement als Instrument wertorientierter Unternehmensführung, 2013 (zitiert: PWC/EUV, Konfliktmanagement, 2013)
- PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)* (Hrsg.), Praxis des Konfliktmanagements deutscher Unternehmen. Ergebnisse einer qualitativen Folgestudie zu `Commercial Dispute Resolution Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich`, 2007 (zitiert: PWC/EUV, Praxis des Konfliktmanagements, 2007)
- PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)* (Hrsg.), Commercial Dispute Resolution – Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich", 2005 (zitiert: PWC/EUV, Commercial Dispute Resolution, 2005)
- Probst, Martin*, Mediation und Recht – zur Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie, Juristische Rundschau, S. 265 ff.
- Prütting, Hanns*, Das neue Mediationsgesetz: Konsensuale Streitbeilegung mit Überraschungen, AnwBl. 2012, S. 204 ff.
- Ders.*, Richterliche Gestaltungsspielräume für alternative Streitbehandlung, AnwBl. 2000, S. 273 ff.
- Ders.*, Urteilsanmerkung zu BGH, Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/83, ZJP 99 (1986), S. 90 ff.
- Ders.*, Schlichten statt Richten?, JZ 1985, S. 261 ff.
- Risse, Jörg*, Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung, SchiedsVZ 2012, S. 244 ff.
- Ders.*, Wirtschaftsmediation, 2003 (zitiert: Risse, Wirtschaftsmediation)
- Ders.*, Wirtschaftsmediation, NJW 2000, S. 1614 ff.

- Risse, Jörg/Bach, Ivo*, Wie frei muss Mediation sein? – Von Politik, Ideologie, Gesetzgebern und Gerichten, SchiedsVZ 2011, S. 14 ff.
- Risse, Jörg/Reichert, Maximilian*, Offenlegung eines vertraulichen Vergleichsangebots – Kavaliersdelikt oder strafbarer Geheimnisverrat?, NJW 2008, S. 3680 ff.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter* (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, 46. Edition [Stand: 01.12.2017] (zitiert: Bearbeiter, in: BeckOK ArbR)
- Roquette, Andreas/Otto, Andreas* (Hrsg.), Vertragsbuch Privates Baurecht, Kommentierte Vertragsmuster, 2. Auflage 2011 (zitiert: Bearbeiter, in: Roquette/Otto, Vertragsbuch Privates Baurecht)
- Röthemeyer, Peter*, Urteilsanmerkung zur Entscheidung des LG Frankfurt, Urt.v.7.5.2014 – 2-06 O 271/139 (nicht rechtskräftig), ZKM 2014, S. 203 ff.
- Round Table Mediation & Konfliktmanagement der Deutschen Wirtschaft*, Positionspapier der deutschen Wirtschaft zur Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie, ZKM 2009, S. 147 ff.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, ProstG, AGG, 7. Auflage 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: MüKoBGB, Bd.1)
- Dies.*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: MüKoBGB, Bd.2)
- Dies.*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil II, 7. Auflage 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: MüKoBGB, Bd.4)
- Saenger, Ingo* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 7. Auflage 2017 (zitiert: Saenger, ZPO)
- Schiffer, Jan* (Hrsg.), Mandatspraxis Schiedsverfahren und Mediation, 2. Auflage 2005 (zitiert: Bearbeiter, in: Schiedsgerichtsverfahren und Mediation)
- Schlieffen, Katharina Gräfin von/Wegmann, Bernd* (Hrsg.), Mediation in der notariellen Praxis, 2002 (zitiert: Bearbeiter, in: Mediation in der notariellen Praxis)
- Schmidt, Frank H./Lapp, Thomas/Monßen, Hans-Georg*, Mediation in der Praxis des Anwalts, 2012 (zitiert: Bearbeiter, in: Schmidt/Lapp/Monßen)
- Schröder, Henning*, Mediationsklauseln im Gesellschaftsvertrag einer GmbH, GmbHHR 2014, S. 960 ff.
- Schulze, Reiner* (Schriftleiter), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 9. Auflage 2017 (zitiert: Bearbeiter, in: HK BGB)
- Schulze, Reiner/Grziwotz, Herbert/Lauda, Rudolf* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 3. Auflage 2017 (zitiert: Bearbeiter, in: Schulze/Grziwotz/Lauda, Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch)
- Schwab, Martin*, AGB-Recht, 2. Auflage 2014 (zitiert: Schwab, AGB-Recht)
- Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage 2005 (zitiert: Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit)
- Sessler, Anke*, Konfliktmanagement – Erwartungen der Wirtschaft, ZKM 2014, S. 161 ff.
- Sick, Ulrich*, Die richtige Mediationsklausel im Vertrag – Voraussetzung in der Praxis für die Nutzung der Vorteile der Mediation, Betriebs-Berater, Beilage 2003 Nr.5, S. 25 ff.



- Staudinger, J. von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil 5, Neubearbeitung 2009 (zitiert: Bearbeiter, in: Staudinger, Buch 1)
- Staudinger, J. von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2013 (zitiert: Bearbeiter, in: Staudinger, Buch 2)
- Steffek, Felix*, Rechtsfragen der Mediation und des Güterichterverfahrens – Rechtsanwendung und Regulierung im Spiegel von Rechtsvergleich und Rechtstatsachen, ZEuP 2013, S. 528 ff.
- Ders.*, Rechtsvergleichende Erfahrungen für die Regelung der Mediation, RabelsZ 74 (2010), S. 841 ff.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 4, 22. Auflage 2008 (zitiert: Bearbeiter, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd.4)
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, 23. Auflage 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd.5)
- Stürmer, Philipp Heinrich*, Die Vereinbarung von Verfahren privater Streitbeilegung, 2008, zugl. Dissertation, Universität zu Köln (zitiert: Stürmer)
- Stubbe, Christian*, Konfliktmanagement – bedarfsgerechte Streitbeilegungsinstrumente, SchiedsVZ 2009, S. 321 ff.
- Ders.*, Was ist Wirtschaftsmediation?, ZKM 2003, S. 32 ff.
- Stürner, Rolf* (Hrsg.), Jauernig BGB, 16. Auflage 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: Jauernig, BGB)
- Tamm, Marina/Tonner, Klaus* (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2012 (zitiert: Bearbeiter, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht)
- Töben, Jan*, Mediationsklauseln, RNotZ 2013, S. 321 ff.
- Tochtermann, Peter*, Mediationsklauseln – Teil I, ZKM 2008, S. 57 ff.
- Ders.*, Mediationsklauseln – Teil II, ZKM 2008, S. 89 ff.
- Ders.*, Verhandlungsverträge, ZZPInt 11 (2006), S. 429 ff.
- Trams, Kai*, Die Mediationsvereinbarung – eine vertragsrechtliche Analyse, 2008 (zitiert: Trams, Die Mediationsvereinbarung)
- Trenczek, Thomas/Berning, Detlev/Lenz, Christina/Will, Hans-Dieter* (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, 2. Auflage 2017 (zitiert: Bearbeiter, in: Trenczek/ Berning/Lenz/Will)
- Trossen, Arthur*, Die Verstärkung der Mediation, SchiedsVZ 2015, S. 187 ff.
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether* (Hrsg.), AGB-Recht Kommentar, 12. Auflage 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: Ulmer/Brandner/Hensen, BGB)
- Unberath, Hannes*, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, NJW 2011, S. 1320 ff.
- Ders.*, Mediation und Evaluation – Die Quadratur des Kreises, ZKM 2011, S. 44 ff.
- Ders.*, Auf dem Weg zu einer differenzierten Streitkultur- Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für die alternative Streitbeilegung, JZ 2010, S. 975 ff.
- Vorpeil, Klaus*, Die neuen ICC Mediation Rules, RIW 2014, S. 37 ff.

- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian* (Hrsg.), BeckOK ZPO, 27. Edition 2017 [Stand 1.12.2017] (zitiert: Bearbeiter, in: BeckOK ZPO)
- Wagner, Gerhard*, Die Richtlinie über Alternative Streitbeilegung – Law Enforcement statt mediative Konfliktlösung, ZKM 2013, S. 104 ff.
- Ders.*, Das Mediationsgesetz – Ende gut, alles gut?, ZKM 2012, S. 110 ff.
- Ders.*, Vertraulichkeit in der Mediation, ZKM 2011, S. 164 ff.
- Ders.*, Grundstrukturen eines deutschen Mediationsgesetzes, RabelsZ 74 (2010), S. 795 ff.
- Ders.*, Der Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes, ZKM 2010, S. 172 ff.
- Ders.*, Anmerkungen zu LG Heilbronn, Urt. v. 10.9.2010 – 4 O 259/09, ZKM 2011, S. 29 ff.
- Ders.*, Gerichtlich veranlasste Mediation: England als Vorreiter, ZKM 2004, S. 100 ff.
- Ders.*, Alternative Streitbeilegung und Verjährung, NJW 2001, S. 182 ff.
- Ders.*, Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag, NJW 2001, S. 1398 ff.
- Ders.*, Prozessverträge, 1998
- Wagner, Gerhard/Braem, Maïke*, Verletzung der Verschwiegenheit im nachmediatorischen Gerichtsverfahren, Anmerkung zu AG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 1.8.2007 – I AG 6/07, ZKM 2007, S. 194 ff.
- Wagner, Gerhard/Thole, Christoph*, Die europäische Mediations-Richtlinie, in: Baetge, Dietmar/Hein, Jan von/Hinden, Michael von (Hrsg.), Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von, 2008, S. 915 ff. (zitiert: Wagner/Thole, in: FS Kropholler)
- Wagner, Volkmar*, Mediationsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BetriebsBerater, Beilage 2001, S. 30 ff.
- Walter, Gerhard*, Dogmatik der unterschiedlichen Verfahren zur Streitbeilegung, ZZP 103 (1990), S. 141 ff.
- Walz, Robert*, Das ADR-Formularbuch, 2. Auflage 2017 (zitiert: Bearbeiter, in: Walz, Das ADR-Formularbuch)
- Weigel, Christoph*, Die Absicherung der Vertraulichkeit in Mediationsverfahren, NJOZ 2015, S. 41 ff.
- Wegmann, Bernd*, Urteilsanmerkungen zu BAG, Urteil vom 18.5.1999 – 9 AZR 682/98, ZKM 2000, S. 47 f.
- Ders.*, Die vorsorgende Verabredung außergerichtlicher Streitbeilegung im Zivilrecht, KON:SENS 1999, S. 80 ff.
- Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer Georg* (Hrsg.), Erman, BGB, Band I, 14. Auflage 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: Erman, BGB)
- Wieczorek, Bernhard* (Begr.)/Schütze, Rolf (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 6, 4. Auflage 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Bd.6)
- Wolf, Manfred/Lindacher, Walter F./Pfeiffer, Thomas* (Hrsg.), AGB-Recht Kommentar, 6. Auflage 2013 (zitiert: Bearbeiter, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer)

*Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung, 32. Auflage 2018 (zitiert: Bearbeiter, in: Zöller, ZPO)*